

Die Abänderungsklagen

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Heinz Knecht

von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Buchdruckerei H.R. Sauerländer & Co. Aarau

1954

Die Abänderungsklagen

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Heinz Knecht

von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. M. Guldener

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender
Dissertation, ohne damit zu den darin ausge-
sprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 8. Mai 1954

Der Dekan:

Prof. Dr. H. Nef



Meinen lieben Eltern gewidmet

Die vorliegende Arbeit ist in unver-
ändertem Abdruck in den *Zürcher*
Beiträgen zur Rechtswissenschaft im
Verlag H. R. Sauerländer & Co.,
Aarau, erschienen.

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung

✓ A. I. (§ 323 dZPO als Einführung)	13
II. (Stilisierte Beispiele)	13
III. (Verschiedene Lösungsmodalitäten)	14
IV. Zukunftsprognose. (Adeutung der eigenen Stellungnahme: Die herrschende Lehre, die AK sei eine Billigkeitsausnahme von der materiellen Rechtskraft wird abgelehnt. M. E. ist das Abänderungsproblem in ein <i>privatrechtliches</i> und die Abänderungsnorm eine materiell-rechtliche Norm.)	14
B. Überblick über die Anlage der Arbeit	15

I. TEIL: ALLGEMEINER UND THEORETISCHER TEIL

§ 2 Die Stellungnahme der deutschen Autoren bezüglich der Frage des Verhältnisses der Abänderungsklage zur materiellen Rechtskraft

I. 1. Die herrschende Lehre (Billigkeitstheorie)	17
2. a) Die Oertmannsche Konstruktion des «festsetzenden» Urteils	18
b) Kritik und Entwicklung der eigenen Ansicht über das Wesen der Rentenurteile in unserem Sinne	18
α) (Gestaltungsurteile? Wären der Idee nach absolut bestimmt.)	18
β) (Unsere Urteile: der Idee nach nur relativ bestimmt, bzw. absolut unbestimmt.)	21
II. 1. a) Die «Bestätigungstheorie»	23
b) (Diese gefällt besser als die herrschende Billigkeitstheorie, doch kann sie auch nicht übernommen werden, da sie ebenfalls eine reine prozessuale Theorie ist)	24
2. Die Ansicht von Schwartz	24

§ 3 Der Begriff

(Vorbemerkung)	25
A. Versuch einer Definition	26
B. Die einzelnen Begriffsmerkmale	26
I. Rentenurteile	26
1. (Rentenurteile in unserem Sinn)	26
2. (Ein abänderbares Nicht-Rentenurteil)	27
II. Rechtskräftiges Rentenurteil?	27
III. Veränderung der Verhältnisse	29
1. (Veränderung gegenüber der Prognose des Richters)	29
a) (Veränderung der allgemeinen Umstände)	29
b) (Veränderung in der Person)	29
2. Damalige (falsche) Beurteilung	29
a) (Änderung der wissenschaftlichen Beurteilung gewisser Fälle)	30
b) (Neue Beweismöglichkeiten)	30
c) Voraussehbare, bzw. nicht voraussehbare Veränderungen	33

IV. Wesentliche Veränderung	37
V. Änderung der Gesetzgebung	38
VI. Spezialfall	38
VII. Nachträgliche Veränderung	39
VIII. Nicht-Rückwirkung	39
IX. Klage	40
X. Verjährung	40
XI. Gerichtliche Vergleiche	42
XII. Kapitalabfindung	43

§ 4 Entwicklung der eigenen Ansicht

I. A. Wesen und Zweck der materiellen Rechtskraft	44
B. Der Entstehungszeitpunkt der verschiedenen Ansprüche	45
C. Kritik der Billigkeitstheorie	47
D. Die Abänderungsklage als Ergänzung, bzw. Korrektur einer unzulänglichen privatrechtlichen Ordnung	48
E. (Entstehungszeitpunkt des subjektiven Anspruches auf Unterhalt und Schadenersatz im Hinblick auf die Differenzierung zwischen Rente und Kapital; Entstehungszeitpunkt des subjektiven Anspruches aus der unvorhergesehenen wesentlichen Veränderung gegenüber der Prognose)	52
1. Rente	53
2. Kapitalabfindung	55
F. Ergebnis (Die Abänderungsnorm ist eine <i>privatrechtliche</i> Norm)	56
G. Anhang	58
II. Sinn und Zweck der Abänderungsnorm	59
A. Wesentliche Veränderung und Nicht-Rückwirkung	59
B. «Modifizierende Norm». Die Abänderungsnorm als Entstehungs- bzw. Untergangsgrund subjektiver Rechte. Verschärfung der Rechtskraft des ersten Urteils	60
C. Eine weitere Korrektur der entsprechenden Grundnorm	64
D. Das Erfordernis der Klage	65
1. Gewöhnliche Sachurteile	65
2. Rentenurteile in unserem Sinne	65
a) Vom Schuldner aus gesehen	65
b) Vom Gläubiger aus gesehen	66

§ 5 Wesentliche Veränderung und Nicht-Rückwirkung

I. Wesentliche Veränderung	67
a) Deutsches Recht	67
b) Schweizerisches Recht	67
1. ZGB 153/2	67
2. ZGB 157	68
3. ZGB 320	68
4. ZGB 328 f	68
5. OR 46/2	68
6. Spezialgesetzgebung	69

	7
II. Nicht-Rückwirkung	69
a) Deutsches Recht	69
b) Schweizerisches Recht	69

§ 6 Verschiedene Fragen

I. Das Verhältnis der Abänderungsklage zur <i>clausula rebus sic stantibus</i>	70
II. a) (Ist die AK ein Rechtsmittel?)	72
b) (Die AK als Gestaltungsklage)	73
c) (Als Leistungsklage)	73
d) (Der Terminus «abändern»)	74

II. TEIL: DIE SPEZIFISCH SCHWEIZERISCHE LÖSUNG

§ 7 Keine Generalklausel sondern Spezialklauseln

§ 8 Die Abänderung von Schadenersatzurteilen bei Körperverletzung

I. Übersicht über die Entwicklung der Praxis des Bundesgerichtes und erste Kritik	76
A. OR 46/2	76
1. BGE 24 II 430	76
2. BGE 31 II 128	77
3. BGE 32 II 462	78
4. BGE 40 II 493	78
5. BGE 55 II 322	79
6. BGE 57 II 59	80
7. BGE 57 II 99	80
B. EHG 10	80
C. FHG 8	81
D. KUVG 80	81
II. Kritik des Gesetzes und der Praxis	83
a) (Beschränkung der AK auf zwei Jahre)	83
b) (Rudimentäre AK)	85
III. Andere Möglichkeiten?	87
A. (Vorschläge der Literatur)	87
B. (Eigene Ansicht, grundlegende Differenzierungen, Entstehungszeitpunkt der Ansprüche)	89
IV. Abstrakte Schadensberechnung	93
V. Kapitalabfindung	94
VI. Spezialgesetzgebung	94
VII. De lege ferenda für OR 46/2	95
A. (Im Einzelnen)	95
B. Vorschlag für eine künftige Fassung von OR 46/2	95
VIII. Praktische Vorschläge für eine Abänderungsmöglichkeit auch nach zwei Jahren ohne Änderung des Gesetzestextes	95

§ 9 (Fortsetzung) Die Abänderung von Schadenersatzurteilen bei Versorgerschaden

A. (Speziell Wiederverheiratung)	97
B. (Geldentwertung)	99

§ 10 Die Nur-Herabsetzung des Artikels 153/2 ZGB

A. Allgemein	100
B. (Sinken der Kaufkraft des Geldes)	102
C. Rektifikationsvorbehalt im Urteil selbst im Sinne einer Erhöhung	106
D. Wiederheraufsetzungsvorbehalt	106
E. Kapitalabfindung	107

§ 11 Die Abänderung von Urteilen über Entschädigungsrenten aus ZGB 151

A. (Begründung der Abänderbarkeit, soweit Ersatz für verlorenen Unterhaltsanspruch aus ZGB 160/2 zugesprochen wird)	107
B. Die Entwicklung der Praxis. Kritik und Vorbehalte	110
1. alte Praxis	110
2. Praxisänderung	110
3. Interimistische Praxis	110
4. Heutige Praxis des Bundesgerichtes	110
5. Ein zürcherischer Entscheid	112
C. Nur-Herabsetzung?	112

§ 12 Die übrigen Fälle

I. ZGB 157	113
II. ZGB 320	114
III. ZGB 328/29. Verwandtenunterstützungsrente	114

III. TEIL: DAS VERFAHREN

§ 13 Das «vereinfachte» Verfahren

§ 14 Streitwert

A. Allgemein	116
B. (Familienrechtliche Fälle)	116
C. Streitwert und Rektifikationsvorbehalt	116

§ 15 Gerichtsstand

A. (Sind die Kantone frei? Welcher Gerichtsstand gilt von bundes-rechtswegen?)	117
B. International	118

Bemerkung: Die in Klammern gesetzten Worte sind nur Inhaltsangaben, keine Überschriften.

Literaturverzeichnis

- Baumbach-Lauterbach*: Kurz-Kommentar zur deutschen Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., München/Berlin 1950; (zit. Baumbach-Lauterbach).
- Becker*: Kommentar zum Obligationenrecht, I. Abt.: allg. Bestimmungen, Bern 1941; (zit. Becker).
- Brumann, M.*: Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozeßrecht. Diss. Zürich 1928.
- Buser, J.*: Kommentar: Das schweizerische Postverkehrsgesetz, 2. A., Zürich 1930.
- Dernburg*: Pandekten, 2. Bd., 7. A., Berlin 1903.
- Diesel, W.*: Beiträge zur Abänderungsklage des § 323 dZPO, Diss. Göttingen 1929.
- Egger, A.*: Kommentar zum schweizerischen ZGB, Das Familienrecht, I. Abt.: Das Eherecht, 2. A., Zürich 1936; (zit. Egger).
- — Kommentar zum schweiz. ZGB, Das Familienrecht, II. Abt.: Die Verwandtschaft, 2. A., Zürich 1943; (zit. Egger).
- Frick, Erika*: Der Gerichtsstand bei der Abänderung von Scheidungsurteilen, Diss. Zürich 1954.
- Gmür, M.*: Kommentar zum schweiz. ZGB, Familienrecht, II. Abt.: Die Verwandtschaft, erläutert von Silbernagel und Wäber, 2. A., Bern 1927; (zit. Gmür).
- Graven, J.*: Les Invalidités, Bern 1941; (zit. Graven).
- Grendelmeyer, P.*: Die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehescheidung nach schweiz. Recht, Diss. Leipzig 1932.
- Guldener, M.*: Das schweiz. Zivilprozeßrecht, 2 Bände, Zürich 1947; (zit. Guldener).
- — Über die Rechtskraft von Ehescheidungsurteilen, in SJZ 46, S. 17 ff.; (zit. Guldener, SJZ).
- Guyer*: Kommentar zum EHG, Zürich 1905.
- Hellwig*: System des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Teil, Leipzig 1912; (zit. Hellwig).
- Im Hof, W.*: Die Art und Größe des Schadenersatzes und der Genugtuung aus OR Tit. I/II. Diss. Bern 1912; (zit. Im Hof).
- Kaufmann*: Handbuch der Unfallmedizin, 5. A., Stuttgart 1932, 4. A. Stuttgart 1919/25.
- Merz, H.*: Die Revision der Verträge durch den Richter, in ZSR 1942, S. 394 a ff. (zit. Merz).
- Michel, Dora*: Die Abänderung des Ehescheidungsurteils nach Art. 157 ZGB, Diss. Zürich 1937; (zit. Michel).
- Nikisch, A.*: Zivilprozeßrecht (ein Lehrbuch), Tübingen 1950; (zit. Nikisch).
- Oertmann*: Zur Lehre von der Abänderungsklage, in AZP 109, S. 265 ff.; (zit. Oertmann).
- Oetiker*: Die Eisenbahngesetzgebung des Bundes, I/II., Solothurn 1913/17.
- Oftinger, K.*: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Bd., Zürich 1940; (zit. Oftinger).
- Oppermann*: Zur Lehre von der Änderungsklage, in ZZP 38, S. 445 ff.; (zit. Oppermann).
- Oser-Schönenberger*: Kommentar zum OR, 1. Teil, 2. A., Zürich 1929; (zit. Oser-Schönenberger).

Picard: Lebenserwartungs-, Barwert- und Rententafeln, Bern 1948.

Planiol-Ripert-Boulanger: Traité élémentaire de Droit Civil. 3. A., Paris 1946, Bd. I.

Rosenberg, L.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 4. A. München und Berlin 1949.

Pliester, E.: Die Abänderungsklage (§ 323 dZPO), Diss. Jena 1936.

Rothe, G.: Richterliches Ermessen und Gestaltungswirkung, in AZP 1951, S. 42 ff.; (zit. Rothe).

Schärer: Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz, Bern 1940; (zit. Schärer).

Scherer: Die Haftpflicht des Unternehmers auf Grund des FHGs und des Ausdehnungsgesetzes, Basel 1908; (zit. Scherer).

Schnitzer, A.: Handbuch des internationalen Privatrechts, Bd. II., 3. A., Basel 1950.

Scholz, H.: Historische Entwicklung und rechtliche Natur der Abänderungsklage, Diss. Göttingen 1929.

Schönke, A.: Zivilprozeßrecht (eine systematische Darstellung), 6. A., Karlsruhe 1949; (zit. Schönke).

Schwartz, J. Ch.: Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB, Halle 1904; (zit. Schwartz).

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 17. A., Tübingen 1949; (zit. Stein-Jonas).

Steinbrüchel: Zur «Verjährung» der Unterhaltsrente gemäß ZGB 152, in SJZ 1952, S. 120 ff.; (zit. Steinbrüchel).

Sträuli und Hauser: Zürcherisches Rechtspflegegesetz, II. Zivilprozeßordnung, Zürich 1939; (zit. Sträuli).

Strebel, J.: Kommentar zum MFG, Zürich 1934; (zit. Strebel).

von Tuhr, A.: Allg. Teil des schweiz. OR, herausgegeben von Siegwart, I. und II. Bd. 2. A., Zürich 1942; (zit. von Tuhr).

— — Der allg. Teil des deutschen BGB, 2. Bd., 2. Hälfte, München und Leipzig 1918.

Tuor, P.: Das schweiz. ZGB, Zürich 1940; (zit. Tuor).

Voigt, W.: Die Abänderungsklage des § 323 dZPO, Diss. Jena 1933; (zit. Voigt).

Vontobel, H.: Die Ausscheidung der Kompetenzen von Fürsorgebehörden und Gerichten in der Fürsorge für Scheidungskinder, Diss. Zürich 1942; (zit. Vontobel).

Wäsch, R.: Die Abänderung von Ehescheidungsurteilen nach Art. 153 ZGB, Diss. Bern 1950; (zit. Wäsch).

Weiß, Th.: Die Berufung ans Bundesgericht in Zivilsachen, Bern 1906.

von Wyß, K.: Zum Verfahren betr. die Abänderung von Scheidungs- und Vaterschaftsurteilen (zürcher. ZPO § 258 Zif. 2, 259 und 271), in SJZ 14, S. 68 ff.; (zit. von Wyß).

Weitere Literatur ist in den Fußnoten vermerkt.

Gesetze, Sammlungen, Zeitschriften und ihre Abkürzungen

AZP	Archiv für zivilistische Praxis, Tübingen und Leipzig.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung.
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung.
dZPO	Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich vom 30. Januar 1877.
EHG	Eisenbahnhaftpflichtgesetz = BG betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Post vom 28. März 1905.
ElG	Elektrizitätsgesetz = BG (Bundesgesetz) über die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen vom 24. Juni 1902.
EVGE	Entscheidungen des eidgenössischen Versicherungsgerichtes. Amtliche Sammlung.
FHG	Fabrikhaftpflichtgesetz = BG betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Brachmonat 1881 (heute außer Kraft).
JW	Juristische Wochenschrift, Leipzig.
KUVG	BG über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911.
MFG	BG über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr vom 15. März 1932.
NAG	BG betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter in der Schweiz vom 25. Juni 1891.
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943.
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
PostVG	Postverkehrsgesetz = BG betr. den Postverkehr vom 2. Oktober 1924.
Prax.	Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes; Basel.
RG	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen. Amtliche Sammlung.
Seuffert,	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deut-
Archiv	schen Staaten; München und Berlin.
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung; Zürich.
Weiß	Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum ZGB und OR, Zürich 1942.
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins; Bern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907.
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht; Basel.
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

§ 1 Einleitung

A. I. In dieser Arbeit geht es darum, die verschiedenen Abänderungsklagen des *schweizerischen Rechts* zu untersuchen. Für diese Aufgabe werfen wir mit Vorteil unseren Blick auch auf andere Rechtssysteme, so vorab auf das deutsche. Als Ausgangspunkt und Einleitung in das Problem dient am besten der Wortlaut von § 323 der deutschen Zivilprozessordnung. Dieser Paragraph ist eine Generalklausel für die Abänderung aller Rentenurteile in unserem Sinne¹.

§ 323 dZPO lautet wie folgt:

«Tritt im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse ein, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, so ist jeder Teil berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen.

Die Klage ist nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf welche sie gestützt wird, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, in der eine Erweiterung des Klageantrages oder die Geltendmachung von Einwendungen spätestens hätte erfolgen müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.

Die Abänderung des Urteils darf nur für die Zeit nach Erhebung der Klage erfolgen.»

(Absatz 4 ist für uns hier noch nicht von Interesse.)

Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß die Abänderungsklage dazu dient, (formell und materiell) rechtskräftige² Rentenurteile auf Grund neuer Tatsachen abzuändern.

II. Daß in der einen oder anderen Form eine Abänderungsmöglichkeit für Rentenurteile gegeben sein muß, ergibt sich zunächst allein schon aus unserem «natürlichen Rechtsempfinden». Dazu mag folgendes stilisierte Beispiel dienen. A wird zu einer monatlichen Rente von Fr. 300.— an B verurteilt (bis zu dessen 65. Lebensjahr), da A den B schuldhaft verletzt und B 50 % seiner Erwerbsfähigkeit einbüßte.

¹ Rentenurteile in unserem Sinne sind solche ex lege und nicht ex contractu, mit einer Ausnahme: insofern OR 99/3 auf OR 41 ff. verweist, liegen auch Renten ex contractu vor, die ebenfalls (nach OR 46/2) abänderbar sind. Vgl. Oser, Art. 99 Nr. 14.

Im schweizerischen Recht wird auch ein Nicht-Rentenurteil abgeändert. Vgl. näher § 3 B I 1 und 2.

² Doch vgl. dazu später § 3 B II.

Im Laufe der Zeit stellt sich jedoch heraus, daß *wider Erwarten* die Folgen des Unfalls vollständig ausheilen und der B mit 50 Jahren wieder voll arbeitsfähig ist. Es wäre in der Tat unbillig, wenn A dem B nun noch 15 Jahre lang jeden Monat Fr. 300.— zahlen müßte, allein auf Grund des Urteilsdispositives, während materiell gar kein Grund mehr dazu vorliegt.

Genau so der umgekehrte Fall: B wird 100 %ig erwerbsunfähig (*wider Erwarten*). Selbstverständlich muß auch hier eine Handhabe zur nachträglichen Erhöhung der Rente da sein.

Wenn eine Rechtsordnung solche Rentenurteile als weder herauf- noch herabsetzbar, will heißen als unabänderbar erklären würde, so müßte diese der Vorwurf der Starrheit, des Formalismus und der Ungerechtigkeit treffen.

III. Interessant sind die verschiedenen *Lösungsmodalitäten* des Abänderungsproblems (Das Gegensatzpaar Generalklausel–Spezialklausel wird uns später³ eingehend beschäftigen). Ferner: es muß überraschen, daß die einen Rechtssysteme – wie das französische⁴ und schweizerische – die Abänderungsnorm ins materielle Privatrecht verweisen, während der oben zitierte § 323 in der deutschen *Zivilprozeßordnung* anzutreffen ist. Im österreichischen Recht findet sich überhaupt *keine gesetzte Norm* über die Abänderbarkeit von Rentenurteilen, dafür ist diese feststehende Gerichtspraxis⁵.

IV. *Zukunftsprognose*. Das Spezielle bei Rentenurteilen^{5a} – gegenüber den gewöhnlichen Sachurteilen – ist, daß der Richter als Urteilsgrundlage eine *Zukunftsprognose* aufstellen muß⁶, um über-

³ Vgl. II. Teil § 7.

⁴ So ist im Code civil die Abänderung von «aliments» normiert Cc 209: «Lorsque celui qui fournit, ou celui qui reçoit des aliments, est remplacé dans un tel état, que l'un ne puisse plus en donner, ou l'autre n'en ait plus besoin en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandées.»

Ja, im französischen Recht ist sogar die materielle Rechtskraft und deren Grenzen im Code civil selbst, will heißen im materiellen Recht normiert. Cc 1351.

⁵ Eine schöne Zusammenstellung und Übersicht gibt Voigt S. 26 Nr. 37. Dort ist auch ersichtlich, daß die österreichischen Lehrbücher und die Kommentare eine neue Klage zulassen, weil die Rechtskraft gegenüber *nachträglichen* Tatbestandsänderungen nicht Stand halte.

Klein-Schauer-Hermann (Kommentar) § 411 der österreichischen ZPO Anm. 11 und 12.

^{5a} Doch auch z. B. bei Zusprechung einer Kapitalsumme als Schadenersatz (speziell wegen Körperverletzung) und beim Kinderzuteilungsdispositiv (ZGB 156).

⁶ Vgl. § 2 I 2 b β).

haupt die Höhe und die Dauer der Rente ermitteln zu können. Das ist etwas Außergewöhnliches, denn regelmäßig handelt es sich ja nur darum, einen sich in der Vergangenheit bereits erfüllt habenden Tatbestand zu ermitteln. Bei den Rentenurteilen hingegen muß der Richter in die Zukunft blicken und sein Urteil weitgehend auf *Hypothesen*⁷ bauen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß dem Richter bewährte *Erfahrungssätze* an die Hand gehen und daß der status im Moment des Urteilsspruches einen handgreiflichen Ausgangspunkt darstellt und insofern ein abgeschlossener Tatbestand vorliegt.

Das eben Ausgesagte ist für die Frage des Verhältnisses der Abänderungsnorm zur materiellen Rechtskraft von eminenter Bedeutung. Der Schreibende ist dazu gelangt, von der herkömmlichen und herrschenden diesbezüglichen Theorie abzuweichen und eine *entgegengesetzte Stellungnahme* zu beziehen⁸. Ferner kann ich mich auch damit nicht einverstanden erklären, daß das Abänderungsproblem überhaupt ein rein prozessuales sein soll⁹. Mir scheint es eher (wenigstens weitgehend) ein *materiellrechtliches* zu sein. Diese Erkenntnis wurde von der herrschenden Theorie m. E. verdunkelt, was nicht verwunderlich ist, steht doch die Frage nach dem Verhältnis der Abänderungsnorm zur materiellen Rechtskraft und die zuletzt aufgeworfene in innerem Zusammenhang.

B. Überblick über die Anlage der Arbeit

I. Der erste Teil ist ein allgemeiner und theoretischer. Er beschäftigt sich mit dem Begriff und dem Wesen der Abänderungsklage im allgemeinen. Dazu wird nicht wenig die deutsche Literatur dienen müssen. In der Schweiz ist relativ wenig über die theoretische Erfassung zu finden, und das ist nicht der letzte Grund für unser Ausschauhalten nach

⁷ Bezüglich der Voraussetzung zur Entstehung z. B. eines Schadenersatzanspruches wegen Körperverletzung: Schuld, Widerrechtlichkeit, adäquater Kausalzusammenhang liegt natürlich ein abgeschlossener Tatbestand vor. Nicht aber hinsichtlich des zukünftigen Schadens durch verminderte Arbeitsfähigkeit und das ist das Wesentliche.

Diese Zweiteilung des dem Urteil zugrunde liegenden Tatbestandes stellt Voigt S. 22 und 33 und RGE 126, 239 sehr richtig heraus.

⁸ Ohne die bereits bestehende «Bestätigungstheorie» — vgl. § 2 II 1 a) und b) — einfach zu übernehmen, da sie auch eine rein prozessuale Theorie ist. Vgl. § 4 I D a. E.

⁹ Vgl. speziell § 4 I D.

ausländischer Literatur¹⁰. Allerdings kann gerade in den zwei wichtigsten Fragen: Verhältnis der Abänderungsnorm zur materiellen Rechtskraft und die Abänderungsklage als rein prozessuales Problem, der in der deutschen Literatur herrschenden Meinung nicht gefolgt werden.

II. Im zweiten Teil gilt es, die spezifisch s c h w e i z e r i s c h e Lösung darzustellen. Deren Verständnis wird durch den vorangehenden allgemeinen Teil stark erleichtert und noch mehr: durch das Gegenüberstellen zu der Regelung in einer anderen Rechtsordnung, durch das Betrachten des Unterschiedlichen und des Gemeinsamen erkennt man mehr – so hoffe ich wenigstens –, als durch rein autarke Untersuchungen.

III. Im dritten Teil kommen V e r f a h r e n s f r a g e n des schweizerischen Rechts zur Sprache.

¹⁰ So wurde interessanterweise ein Preisausschreiben des Schweizerischen Juristenvereins nicht behandelt. Das Preisausschreiben berührte jedoch nur ein Teilproblem der Abänderungsklage: «Die Revision familienrechtlicher Renten auf Grund veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse.» SJZ 1948 S. 32. (War eines der beiden Preisausschreiben für das Jahr 1949.) Daß es nicht behandelt wurde, geht aus ZSR 1950, 364a oben hervor.

Auch gibt es bis heute keine umfassende Monographie, welche sich mit dem Wesen der AK befassen würde, oder wenigstens die verschiedenen Abänderungsklagen im Zusammenhang behandeln würde. Doch wurden in schweizerischen Dissertationen Teilprobleme behandelt: Wäsch und Michel über die Abänderung der Ehescheidungsurteile nach 153/2 und 157 ZGB. Vontobel behandelt S. 112ff. eine Frage aus dem Abänderungskomplex von allerdings sehr untergeordneter Art. Eine neueste Untersuchung von Frick, Ria behandelt den Gerichtsstand bei Abänderung von Ehescheidungsurteilen.

Einzig über das V e r f a h r e n hat K. von Wyß in SJZ 14, 68ff. grundlegend für das zürcherische Recht geschrieben. Dort findet sich aber auch einiges Interessante, welches über das rein Verfahrensmäßige hinausgeht.

Am ergiebigsten ist jedoch das Lehrbuch von Oftinger über das Haftpflichtrecht.

Im übrigen läßt sich manches aus den Kommentaren zu den betreffenden Abänderungsklagen und vor allem auch aus der Praxis erkennen.

Doch ist zu sagen, daß überall in der eben genannten schweizerischen Literatur die herrschende Billigkeitstheorie — welche in der vorliegenden Arbeit abgelehnt wird — übernommen worden ist! Vgl. § 4 I Nr. 21.

I. Teil

Allgemeiner und theoretischer Teil

§ 2 Die Stellungnahme der deutschen Autoren bezüglich der Frage des Verhältnisses der Abänderungsklage zur materiellen Rechtskraft

(Überblick und erste Kritik)

Bevor wir uns mit den einzelnen Begriffsmerkmalen der Abänderungsklage auseinandersetzen, ist es m. E. angezeigt, der im Titel dieses Paragraphen angeführten Frage nachzuspüren, ohne sie vorerst lösen zu wollen.

I. 1. *Die herrschende Lehre.* Die besonders von Oppermann entwickelte Lehre sieht in der Abänderungsklage eine *Billigkeitsausnahme* von den Grundsätzen der materiellen Rechtskraft¹. Wenn durch die tatsächliche Entwicklung die Zukunftsprognose des Richters mit der Zeit sich als falsch erweist, so ist nach dieser Theorie ein Fehlurteil ergangen. Aus dem Satz, daß Fehlurteile in volle materielle Rechtskraft erwachsen, wird die grundsätzliche Unabänderlichkeit auch unserer Rentenurteile gefolgert, «denn daß die Urteilsgrundlage fehlerhaft ist, beeinflußt nicht die Wirkung eines Urteils»².

¹ Oppermann, Zur Lehre von der Änderungsklage (§ 323 dZPO), ZJP 38, S. 445ff.

Weitere Vertreter der Billigkeitstheorie sind: Nikisch, S. 421f.; Rosenberg, S. 701; Stein-Jonas § 323 I; Hellwig, S. 810 f.; Voigt, S. 12 ff.; Pliester, S. 11 ff.

Die Praxis des deutschen Reichsgerichtes hat sich ebenfalls zur Billigkeitstheorie bekannt; vgl. die Entscheide des Reichsgerichtes 47, 411; 63, 119; 75, 24; 86, 383; 108, 414; 126, 239.

In der Schweiz wurde überall die Billigkeitstheorie übernommen. Michel, S. 33; Wäsch, S. 44 redet von «mildernder» Bestimmung; Brumann, Max, Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozeßrecht, Diss., Zürich 1928, S. 115 f.; Brumann spricht von «Durchbrechung der Rechtskraft»; Oftinger, S. 169 («Ausnahmeherechtsbehelf»); der Kommentar Egger spricht von einem Anwendungsfall der *clausula rebus sic stantibus*: doch vgl. dazu § 6 I. Sehr aufschlußreich ist hingegen vor allem die Arbeit von K. v. Wyß in SJZ 14, S. 70. Hier wird eindeutig auf die deutsche Literatur und Praxis aufgebaut. Gewissermaßen als Kontrolle, ob die deutsche Theorie auch für das schweizerische Recht Geltung haben kann, sagt K. v. Wyß am Schluß seines Bekenntnisses zur Billigkeitstheorie: «§ 323 dZPO kann unbedenklich zur Vergleichung mit 153/2 und 320 ZGB herangezogen werden, weil es sich auch bei den letzten Bestimmungen um die Verpflichtung zu künftig fällig werdenden Leistungen handelt.»

² Nikisch, S. 422.

Um der Härte und Unbilligkeit, welche diese starre Unabänderbarkeit zur Folge hätte, zu begegnen, wurde vom Gesetzgeber³ die Abänderungsklage als Billigkeitsausnahme im obigen Sinne kreiert⁴.

2. a) *Die Oertmannsche Konstruktion des «festsetzenden Urteils»*⁵. Oertmann behauptet, die Rentenurteile in unserem Sinne seien festsetzend, konstitutiv. Er prägt den Ausdruck «bestimmende» Urteile⁶. Es sei ein Irrtum, wenn herkömmlicherweise der deklarative Charakter der Rentenurteile supponiert werde. Er geht aber andererseits nicht so weit, sie als reine Gestaltungsurteile zu taxieren⁷. Es wird nicht ein Rechtsverhältnis von Grund auf neu geschaffen, sondern ein bereits vorhandenes – aber *unvollkommenes* – inhaltlich ausgestaltet. Diese inhaltliche Ausgestaltung, sagt Oertmann, betrifft aber nur die Höhe und Dauer der Rente, ergo ist nur insofern von «Bestimmen» zu sprechen und dieser Umstand betrifft nicht die Frage nach der Existenz einer Ersatzpflicht überhaupt⁸.

Da die Höhe der Rente konstitutiv, d. h. von der materiellen Grundlage gelöst ist, gilt sie ein für allemal, ist sie *u n a b ä n d e r l i c h*. Dagegen wird wiederum als Härteausnahme die Abänderungsklage eingeführt, denn das praktische Ergebnis wäre unhaltbar.

Auch Oertmann sieht also in der Abänderungsklage, wie die Billigkeits-Theorie, ein Mittel in der Not, jedoch unter einem anderen Aspekt.

b) *Kritik und Entwicklung der eigenen Ansicht über das Wesen der Rentenurteile in unserem Sinn*

α) Die Oertmannsche Konstruktion ist m. E. ein arges Zwitterding zwischen reinem Leistungs- und reinem Gestaltungsurteil. Gegen seine Ansicht sprechen verschiedene Gründe.

³ Doch wurde in den Beratungen zu den Gesetzesentwürfen schon die Meinung vertreten, die Abänderung sei nichts als eine Selbstverständlichkeit und auch ohne besondere Billigkeitsausnahme möglich. Vgl. darüber Voigt, S. 2 (Stenogr. Berichte des Reichstages 1871, Bd. 1, S. 500, 617, 618). Vgl. II 1 a.

⁴ Noch Näheres und besonders Kritik dieser Ansicht: vgl. § 4 I B und C.

⁵ Oertmann, AZP 109, S. 290 ff.; Scholz, Helmut, Historische Entwicklung und rechtliche Natur der Abänderungsklage, Göttinger Diss., 1929, S. 18 ff.; Diesel, Wolfgang, Beiträge zur Abänderungsklage des § 323 dZPO, Göttinger Diss. 1929, S. 20 ff.

⁶ A. a. O., S. 301.

⁷ A. a. O., S. 301.

⁸ A. a. O., S. 301.

Daß der Richter ex nunc gestaltend wirkt, ist gegenüber seiner nur feststellenden Tätigkeit bei Leistungs- und Feststellungsurteilen die Ausnahme. Deshalb kann die rechtsbegründende Tätigkeit des Richters nur da angenommen werden, wo der Gesetzgeber dies klar zum Ausdruck bringt⁹, ¹⁰. Ferner wird übersehen, daß es ja gar nicht zu einem Richterspruch kommen muß, die Parteien sich vielmehr auch außergerichtlich einigen können¹¹. Auch kann ein Anspruch nicht verjähren, wenn er nicht bereits entstanden ist¹².

Hauptsächlich wird aber gegen Oertmann ins Feld geführt, daß der Richter bei Rentenuurteilen – wie auch sonst bei Leistungsurteilen – die der Idee nach bereits abstrakt durch das objektive Recht bestimmte Rente zu ermitteln habe¹³. Doch ist dieses Argument m. E. nur in gewissem Sinne richtig. Es wird darüber, da sehr wichtig, bald noch ausführlich zu sprechen sein.

Oertmann scheidet scharf die Schadensersatzurteile wegen Sachschaden von denjenigen wegen Körperverletzung. Die ersteren seien stets nur deklarativ – obschon auch dort oftmals eine Zukunftsprognose von Nöten sei¹⁴! Das kann nur so ausgelegt werden, daß für Oertmann nur zum Teil die Tatsache der Zukunftsprognose bzw. deren Berechnung die Gestaltungswirkung ausmacht¹⁵. Viel Bedeutung hingegen schenkt Oertmann z. B. der Frage: Kapital oder Rente! Auch wenn diese Frage «ins Ermessen des Richters» gestellt ist, so hat dies mit einem Gestaltungsurteil nichts zu tun. Dann müßten überhaupt sämtliche Ermessensurteile – wo der Richter wertend tätig wird – als Gestaltungsurteile insofern bezeichnet werden. Solche Theorien werden aber zu Recht von der herrschenden Ansicht diesbezüglich immer wieder abgelehnt¹⁶.

So bleibt denn letzten Endes nur noch Folgendes von Interesse. «Da

⁹ Rothe, AZP 1951, S. 42 f.; Voigt, S. 13 f.

¹⁰ OR 43 muß uns in diesem Zusammenhang allerdings stutzig machen, heißt es doch dort: «Art und Größe des Ersatzes für den eingetretenen Schaden *bestimmt* der Richter ...» Doch dürfen daraus keine voreiligen Schlüsse gezogen werden.

¹¹ Während z. B. die Ehescheidung nur auf Grund von Parteivereinbarung keine rechtlichen Wirkungen hat.

¹² OR 60; vgl. auch § 3 B IX.

¹³ Voigt, S. 16; Pliester, S. 19 f.

¹⁴ A. a. O. S. 298, 300.

¹⁵ So noch stärker Voigt, S. 14: die Zukunftsprognose sei für Oertmann nicht der entscheidende Punkt.

¹⁶ Vgl. dazu eine neueste Untersuchung: Rothe, AZP 1951, S. 42 ff.

aber der Richter die Entwicklung der Zukunft niemals (!) sicher vorauszusagen mag, kann dieser Ausgleich immer nur gegenüber der wirklichen Sachlage approximative (!) Angemessenheit erzielen¹⁷.» Der Richter «schaffe» den Ausgleich und stelle ihn nicht nur fest. (Die Wendung: «gegenüber der wirklichen Sachlage» usw. deutet darauf hin, daß Oertmann annimmt, die Leistungen seien der Idee nach bereits absolut bestimmt.)

Es ist wahr, daß der Richter bei Gestaltungsurteilen «schafft» – will heißen gestaltet –, aber nicht in dem Sinne, wie Oertmann m. E. irrtümlicherweise meint. Schon oben haben wir dieses Mißverständnis angetroffen, doch hier muß ihm erst recht begegnet werden. Die *i n h a l t l i c h e B e s t i m m u n g* ist nämlich *gar kein Kriterium* für das Vorliegen eines Gestaltungsurteils. Auch bei diesen ist der *Inhalt schon vor dem Urteil der Idee nach bereits bestimmt und vom Richter nur noch zu ermitteln* ¹⁸.

Der einzige Unterschied des Gestaltungsurteils zu den beiden andern Urteilsarten (Leistungs- und Feststellungsurteil) ist, daß das subjektive Recht erst *durch* das Urteil entsteht, dieses gewissermaßen formelle Voraussetzung dafür ist, während bei jenen das subjektive Recht ipso jure allein durch den Tatsacheintritt Geltung erlangt.

Beim Abstellen auf das juristisch einzig maßgebliche Kriterium – den Zeitpunkt der Entstehung des subjektiven Rechtes – kann die Konstruktion des «festsetzenden Urteils» nicht mehr Stand halten. Daß der Anspruch als solcher schon vor dem Urteil entsteht, gibt ja auch Oertmann zu; die inhaltliche Bestimmung (Höhe, Dauer) ist aber wie gesehen gar kein taugliches Kriterium für die Annahme eines Gestaltungsurteils bezüglich der Höhe und Dauer der Rente. Die Aufspaltung eines Urteils in grundsätzliche Bejahung des Anspruchs und die Höhe desselben im obigen Sinne ist, wie Rothe¹⁹ richtig sagt, ein Mangel an Folgerichtigkeit.

Überhaupt scheint es mir verfehlt, eine derart gesuchte Konstruktion anzunehmen, nur um dann nachher sagen zu können, die Abänderungsklage sei eine Ausnahme davon.

¹⁷ A. a. O. S. 302.

¹⁸ Z. B.: ob eine Ehe geschieden werden muß oder nicht ist der Idee nach schon vor dem Urteil bestimmt, ebenso – wenn die Scheidung feststeht, – die Höhe (!) der Entschädigung, die Frage ob Kapital oder Rente.

¹⁹ A. a. O. S. 46.

β) Wir müssen unser Augenmerk einzig darauf konzentrieren, daß sich bei Körperschaden und Unterhalt der Tatbestand zum größten Teil erst in der Zukunft verwirklicht, während bei den übrigen Urteilen – welche die erdrückende Mehrzahl bilden – der Tatbestand im Moment des Urteils ein abgeschlossener ist. Philosophisch gesprochen ist es unmöglich, die Zukunft zu prognostizieren. So gesehen wäre es widersinnig, ein Urteil ergehen zu lassen, welches als Grundlage auf einer Zukunftsprognose basiert. *Praktisch* ist es hingegen möglich, den zukünftigen Verlauf eines Tatbestandes vorauszuschauen – in einem gewissen Rahmen: das muß allerdings hinzugefügt werden, da diese Maßgabe nämlich den Ausschlag gibt²⁰!

Diese «praktische Möglichkeit» gilt es näher zu untersuchen. Welche Stellungnahme und Konsequenz muß der Jurist daraus ziehen? Das ist grundlegend für die Position, welche man gegenüber dem Wesen der Abänderungsklage einnimmt.

Daß man überhaupt Rentenurteile fällen kann – und man bedarf ihrer –, ist nur deshalb möglich, weil im praktischen Leben eine Unmenge von Vergleichs- und Parallelfällen besteht. Aus diesen haben sich *Erfahrungssätze* gebildet, welche dem Richter an die Hand gehen²¹, ²² und ohne diese die Prognose eine schale Wahrsagerei wäre. Ausschlaggebend und bestimmend für die Prognose ist der *Zustand* im Moment des Prozesses. Insofern ist also auch bei Rentenurteilen ein *abgeschlossener* Tatbestand mitbestimmend. Aber eben nur insoweit – als der status im Moment des Prozesses als Ausgangspunkt für die Prognose dient – besteht Parallelität zu den gewöhnlichen Sachurteilen²³. Doch dazu kommt die *Zukunftsprognose*. Diese ist als *weiterer*

²⁰ So kann man z. B. sagen, daß ein heute feststehender Grad von Bedürftigkeit (ZGB 152) auch in Zukunft ständig gleich bleiben wird, oder daß eine Verletzung in zwei Jahren sich nicht mehr auf die Erwerbsfähigkeit auswirkt (OR 41 ff.).

²¹ Bestimmte Prozentsätze für den Grad der verminderten Arbeitsfähigkeit bei bestimmten Verletzungen. Z. B. bei Verlust eines Auges $33\frac{1}{3}\%$; vgl. BGE 40 II 493; Kaufmann, Handbuch der Unfallverletzung, 2. Aufl. S. 239. Lebenserwartungstafeln: Piccard: Lebenserwartung-, Barwert- und Rententafeln, Bern 1948 usw. Medizinische Lehrsätze über den Heilungsverlauf.

²² Vgl. OR 42. Der Richter ermittelt den Schaden «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge». Damit sind die erwähnten Erfahrungssätze gemeint.

²³ Über falsche Beurteilung des Zustandes z. B. auf Grund eines fehlerhaften medizinischen Gutachtens vgl. § 3 B III. 2 b. Vgl. auch Nr. 7 zu § 1.

wesentlicher Bestandteil der Urteilsgrundlage eine *singuläre, einzigartige* Erscheinung. Dazu ist aber zu bemerken: Trotz den Erfahrungssätzen usw. gibt es aber sehr oft Fälle – und das zeigt gerade wieder die praktische Erfahrung selbst – wo sich *zwei zunächst gleich oder wenigstens ähnlich scheinende Fälle* in der Zukunft *wider Erwarten dennoch ganz anders entwickeln* ²⁴.

Während nämlich gewöhnliche Sachurteile *absolut* der Idee nach schon vor dem Urteil feststehen, da der Tatbestand ein abgeschlossener ist, so sind Rentenurteile nur *relativ der Idee nach bestimmt* im Sinne der obigen Ausführungen. Theoretisch sind sie der Idee nach sogar *absolut unbestimmt* und sind insofern das pure Gegenteil zu den gewöhnlichen Urteilen. Der Jurist darf und muß sich zur praktischen Möglichkeit der Prognose bekennen, darf aber dabei nicht übersehen, daß eben das Urteil im Gegensatz zu sämtlichen gewöhnlichen Sachurteilen der Idee nach nur relativ bestimmt ist und theoretisch sogar als absolut unbestimmt zu nennen ist.

Diese Erkenntnis wird in der Literatur – soviel ich sehe – durchwegs zu wenig herausgestellt bzw. nicht ausgesprochen. Vielmehr werden die Rentenurteile mit den andern bezüglich der Bestimmtheit der Idee nach in einen Topf geworfen²⁵. Es wird zwar gesagt, daß es oft «sehr schwer»²⁶ sei, die Urteilsgrundlage in Form der Prognose zu bestimmen. Das «sehr schwer» sagt m. E. jedoch viel zu wenig, denn auch bei gewöhnlichen Sachurteilen ist es oftmals schwer, die Urteilsgrundlage zu finden. Die Schwierigkeiten liegen hier und dort aber auf ganz andern, *grundsätzlich* verschiedenen Ebenen. Beim gewöhnlichen Sachurteil ist es der komplizierte Einzelfall, welcher es schwer fallen läßt, zum – bereits absolut bestimmten – Ergebnis vorzudringen, während bei Rentenurteilen sogar der einfachste Tatbestand «schwer» ist, weil das Ergebnis schon der Idee nach nur relativ bestimmt ist.

²⁴ Theoretisch besteht m. E. diese Möglichkeit überhaupt immer. Wenn auch z. B. 100prozentig invalide Arbeiter in der Regel 100prozentig erwerbsunfähig sind, so könnte es doch theoretisch immer vorkommen, daß sich einer auf geistige Dinge wirft, Bücher schreibt und solchermaßen wieder zu Geld kommt.

Daß sich die Zukunftsprognose «leicht» nicht bewahrheiten kann, sagt auch Wäsch, S. 44.

²⁵ Wie wir oben S. 11 bereits sahen. So sagt Voigt, S. 16: «Auch hier sucht er (der Richter) den Subsumtionsschluß so zu ziehen, daß er mit seiner Entscheidung der der Idee nach feststehenden (!) Rente möglichst gleich kommt.

²⁶ Pliester, S. 20; Oertmann, vgl. Zitat S. 12 (oben) und AZP 109, S. 290.

Als Resultat – das wir uns später immer vor Augen halten müssen – kann gesagt werden, daß unsere Rentenurteile²⁷ *Leistungsurteile* sind, jedoch Leistungsurteile *sui generis*, insofern sie nämlich im Gegensatz zu sämtlichen übrigen Urteilen schon der Idee nach nur relativ vor dem Richterspruch bestimmt sind. Sie sind deshalb nur «grundsätzliche», *provisorische*^{27a} Urteile: sie sind deshalb *abänderbar*.

Die wichtige Frage ist aber die: sind sie nur provisorisch, abänderbar dank der speziellen Abänderungsklage, oder wären sie es auch ohne diese?

II. 1. a) Die «Bestätigungstheorie». Eine Minderheit der deutschen Autoren sieht in der Abänderungsklage eine *Bestätigung allgemeiner Rechtskraftgrundsätze*^{28, 29}. Sie gehen von dem Satze aus, daß Urteile nur nach Maßgabe ihrer Zeit Wirkung haben. Genau so wie bei gewöhnlichen Sachurteilen nachträglich eintretende neue Tatsachen durchgesetzt werden können, so muß auch bei Rentenurteilen eine andere Entwicklung als angenommen eine *neue, nicht identische Klage* zulassen³⁰. Daran mag auch die Tatsache der richterlichen Zukunftsprognose nichts zu ändern! Der Gedanke, eine bindende Feststellung für die Zukunft zu treffen, müsse überhaupt abgelehnt werden³¹. Die Rechtskraft sei auf den Zeitpunkt der letzten Verhandlung beschränkt. Trotz der Prognose werde dennoch nur die Geltendmachung von Tatsachen, die *vor* Erlaß des Urteiles liegen, abgeschnitten. Eine andere Zukunftsentwicklung als angenommen mache das Urteil nicht zu einem damals falschen, sondern es höre mit der Zeit nur auf, der vorhandenen Rechtslage zu entsprechen. Kategorisch lasse sich nur über das Gegenwärtige, nicht über das Zukünftige aussagen.

²⁷ Oder die entsprechenden Kapitalabfindungsurteile. Vgl. § 4 I E 2).

^{27a} BGE 39 II 21; vgl. auch SJZ 16, S. 109.

²⁸ In der vorliegenden Arbeit wird diese Ansicht «Bestätigungstheorie» genannt.

²⁹ Paradoxerweise Oertmann, a. a. O. Speziell S. 283 ff., insofern er mit der von ihm als falsch taxierten Prämisse des deklaratorischen Urteils arbeitet – und er tut dies ausführlich. Schwartz, Das Billigkeitsurteil des § 829 BGB, Halle 1904, S. 67 ff.

Eine ganze Reihe weiterer Vertreter der Bestätigungstheorie ist bei Oertmann, a. a. O. S. 269 ff. zusammengestellt.

³⁰ Schwartz, a. a. O. S. 45.

³¹ Oertmann, a. a. O. S. 287: das sei logisch (!) nicht denkbar.

Hinsichtlich der Rechtskraft des ersten Urteils bei falscher Prognose meint Schwartz³², daß diese «g e b r o c h e n» sei.

b) Obschon die Billigkeitstheorie die «herrschende» ist, wird ihr in der vorliegenden Arbeit nicht gefolgt, sondern der Bestätigungstheorie der Vorzug gegeben. Doch kann dabei nicht stehen geblieben werden! Es handelt sich m. E. nicht nur um eine Bestätigung, sondern um eine Modifizierung allgemeiner Grundsätze im Sinne einer V e r s c h ä r f u n g der Rechtskraft und primär überhaupt gar nicht um ein prozessuales Problem. Daß nur ein prozessuales Problem vorliege, meint irrtümlicherweise auch die Bestätigungstheorie. Immerhin hat ein Vertreter derselben, nämlich Schwartz³³, schon beachtliche Vorarbeit in der Richtung, wie sie in der vorliegenden Arbeit vertreten werden wird, geleistet. Bevor wir jedoch auf seine Ausführungen zu sprechen kommen, sei noch Folgendes gesagt. Die Bestätigungstheorie *krankt* daran, daß sie sich zu wenig mit der Billigkeitstheorie auseinandersetzt, will heißen zu kurz abtut. Sie stellt einfach ihrerseits – an sich richtige³⁴ – Behauptungen auf, mag aber der auf den ersten Blick «richtiger» erscheinenden Billigkeitstheorie deshalb nicht beizukommen. Das ist vielleicht der Grund, weshalb sie nicht allgemein zu überzeugen vermochte. Es soll deshalb in dieser Arbeit versucht werden, z u e r s t auf Grund ausführlicher Auseinandersetzungen mit der Billigkeitstheorie diese z u e n t k r ä f t e n, um dann nachher mit mehr Sicherheit den eigenen – bereits angetönten – Weg beschreiten zu können. (§ 4.)

2. *Die Ansicht von Schwartz*³⁵. Bei der Feststellung, daß die Absätze 1 und 2 von § 323 dZPO³⁶ überflüssig sind, da sie nur eine Bestätigung allgemeiner Rechtskraftgrundsätze darstellen, läßt es Schwartz nicht bewenden. Er sieht in dem Umstand, daß die Abänderungsklage *keine Rückwirkung* hat – Absatz 3/§ 323 dZPO –, eine «Schärfung» der Rechtskraft³⁷. Schwartz ist zwar hier unscharf, denn man weiß nicht recht, ob die Rechtskraft des Abänderungsurteils oder des ersten Rentenurteils verstärkt sein soll. Ferner läßt sich m. E. nicht recht in Einklang bringen, wenn Schwartz zunächst mehrmals aussagt,

³² a. a. O. S. 69, 72.

³³ Vgl. Nr. 29.

³⁴ Vgl. jedoch § 4 I D a. E.

³⁵ Vgl. Nr. 29.

³⁶ Vgl. den Wortlaut zit. in § 1 A I.

³⁷ A. a. O. S. 88.

die Rechtskraft des ersten Urteils sei bei falscher Prognose «gebrochen»³⁸, um dann nachher davon zu reden, daß die «formale» Behandlung – will wohl heißen: die Rechtskraft – des früheren Urteils keineswegs aufgegeben, sondern *verschärft* werde³⁹. Wenn sich die Rechtskraft nur auf die tatsächliche Lage im Moment des Urteils bezieht (wenigstens nach den allgemeinen Rechtskraftgrundsätzen) – wie Schwartz an sich richtig sagt –, so will es mir unkonsequent scheinen, von «gebrochener» Rechtskraft zu reden, denn eine nachträgliche (!) andere Entwicklung kann dann der Rechtskraft gar nichts anhaben, diese besteht vielmehr immer gleichermaßen «un-gebrochen»⁴⁰.

Schwartz hat m. E. sehr richtig erkannt, daß der Nicht-Rückwirkung des Abänderungsurteils *materieller Charakter* zukommt. Diese Bestimmung – nämlich Absatz 3/§ 323 dZPO – sei ein *privatrechtlicher Satz* und könne ebensogut im bürgerlichen Recht stehen⁴¹. Damit im Zusammenhang macht Schwartz eine interessante *Differenzierung zwischen Unterhalts- und Ersatzrenten*:

Für die Unterhaltsrenten ergibt sich die Nicht-Rückwirkung der Abänderungsklage von selbst! Dort gilt der Satz: «Für die Vergangenheit ist nicht zu sorgen.» (In praeteritum non vivitur⁴².) Dadurch wird die Nachzahlung von Renten ausgeschlossen. Die Rückzahlung andererseits fällt weg, weil man sich für die Vergangenheit hinterher nicht einschränken kann. Der Ausschluß sowohl der Rückforderung als der Nachzahlung ergibt sich schon aus dem Wesen und der ratio des Institutes der Unterstützungspflicht selbst.

Bei den Ersatzrenten für Körperverletzung trifft jedoch das Gegenteil zu. Für sie folgt die Nicht-Rückwirkung erst aus Absatz 3/§ 323 dZPO. Insofern ist dieser Absatz also nach der Ansicht Schwartz' eine *privatrechtliche Norm*⁴³.

§ 3 Der Begriff

Die nun folgende Herausarbeitung der Begriffsmerkmale hat grundsätzlich nicht nur für das deutsche Recht, sondern allgemein Geltung,

³⁸ A. a. O. S. 69, 72.

³⁹ A. a. O. S. 88.

⁴⁰ Beruht vielleicht auf der Verwechslung der Rechtskraft mit der Vollstreckungsfunktion. Doch auch die letztere wird nicht automatisch gebrochen, sondern es bedarf eines Aktivwerdens der betreffenden Partei.

⁴¹ A. a. O. S. 96.

⁴² A. a. O. S. 93. Vgl. auch Dernburg, Pandekten, Bd. 2 § 31 II 1.

⁴³ A. a. O. S. 93.

also auch für das schweizerische. Wo immer möglich wird auch hier schon die schweizerische Literatur herangezogen. Doch weicht die schweizerische Lösung zum Teil nicht unwesentlich ab: dafür ist der II. Teil reserviert. Gerade durch die Gegenüberstellung lassen sich mehr Erkenntnisse ableiten, als durch die Betrachtung eines Rechtssystems nur allein.

Vorbemerkung: die materielle Norm, aus welcher sich die später abänderbaren subjektiven Privatrechte bzw. -pflichten ergeben, wird in dieser Arbeit «entsprechende Grundnorm» im Hinblick auf die Abänderungsnorm genannt¹.

A. *Versuch einer Definition*². Die Abänderungsklage³ ist die Klage auf Abänderung eines rechtskräftigen^{3a} Rentenurteils – in welchem die prognostische Berechnung der Zukunft als teilweise Urteilsgrundlage diene – bei nachträglichem Eintritt wesentlicher, nicht voraussehbarer Veränderungen gegenüber der Prognose und zwar in dem Sinne, daß die wesentlichen Veränderungen ihre rechtliche Wirkung frühestens mit dem Moment der Klageerhebung erlangen können.

Aus dieser Definition heraus wollen wir die einzelnen Begriffselemente näher prüfen.

B. Die einzelnen Begriffsmerkmale

I. Rentenurteile

1. Keine Renten in unserem Sinne sind diejenigen aus Vertrag (ex contractu)^{3b}, wie z. B. Leibrenten⁴. Renten in unserem Sinne sind hingegen solche, die sich ex lege, bzw. ex delicto ergeben: a) aus unerlaubter Handlung. Hierher gehören die Rente für den Schaden aus Körper-

¹ Z. B. BGB 843 (Entrichtung einer Geldrente bei Körperverletzung) ist die «entsprechende Grundnorm» im Verhältnis zu § 323 dZPO. Oder das Äquivalent im schweizerischen Recht: OR 46/1 ist die entsprechende Grundnorm zu OR 46/2.

² In der mir zur Verfügung stehenden Literatur wurde keine Definition als solche gegeben, sondern es wurden einfach die einzelnen Begriffsmerkmale durchgegangen — was wir übrigens sogleich auch tun werden.

³ Mitunter einfach: AK abgekürzt. Die Norm, welche die AK aufstellt und ausbaut, ist die Abänderungsnorm.

^{3a} Daß trotz der Rechtskraft das Urteil abgeändert werden kann, ist das Wichtige. Dazu in ganz untergeordneter Stellung ist die Frage, ob auch gegen ein noch nicht rechtskräftiges Rentenurteil die AK erhoben werden kann. Vgl. § 3 B II.

^{3b} Mit einer Ausnahme: vgl. Nr. 1 § 1.

⁴ Rosenberg, S. 700; Nikisch, S. 422; Baumbach-Lauterbach, § 323 3 A.

verletzung (OR 46/1)^{4a} und für Verlust des Versorgers (OR 45/3). b) aus Familienrecht. Dazu gehören die Verwandtenunterstützungsrente (ZGB 328 f), die Alimentenzahlung des außerehelichen Vaters (ZGB 319), die Bedürftigkeits- und Entschädigungsrente (ZGB 152 und 151) und endlich die Beiträge, welche der geschiedene Ehegatte für das ihm entzogene Kind aufbringen muß (ZGB 156/2)⁵.

2. Nicht-Rentenurteil. Ferner ist im schweizerischen Recht auch ein Nicht-Rentenurteil abänderbar, nämlich die richterliche Gestaltung der Elternrechte bei geschiedener Ehe. (ZGB 156, insofern es sich nicht um Geldbeiträge handelt⁶.)

II. *Rechtskräftiges* Rentenurteil? Zur Frage, ob das erste Rentenurteil schon (formell) rechtskräftig sein müsse, bevor eine AK erhoben werden kann, gibt es verschiedene Ansichten. Die einen Autoren verlangen die formelle Rechtskraft als Voraussetzung⁷, die andern nicht⁸. Relativ ausführlich hat Pliester zum Problem Stellung genommen. Einleitend sagt er: «Im Interesse der Prozeßklarheit und Prozeßeinfachheit ist zu fordern, daß die AK erst nach Rechtskraft des abzuändernden Urteils zulässig ist, jedoch mit der Maßgabe, daß das Urteil bis zur letzten Tatsachenverhandlung Rechtskraft erlangt, dagegen nicht schon bei Erhebung der Abänderungsklage rechtskräftig ist⁹.»

Zunächst ist vor auszuschicken, daß der Frage wohl nicht allzu große praktische Bedeutung zukommt. In den kurzen Rechtsmittelfristen werden selten nennenswerte Veränderungen eintreten.

Es fragt sich, ob den Parteien zwischen der Urteilseröffnung der ersten Instanz und Ablauf der Rechtsmittelfrist bei Eintritt neuer Tat-

^{4a} Und die Spezialgesetzgebung zu OR 41 ff. Vgl. die Aufzählung in § 5 I b 6.

⁵ Rosenberg, S. 700: «Hierher gehören vor allem die Rechte auf Ersatz- und Unterhaltsrente, die von dem Maße der Einbuße der Erwerbsfähigkeit und der Vermehrung der Bedürfnisse des Verletzten (BGB 843—45; Reichshaftpflichtgesetz 3, 3a, 7; Kraftfahrzeuggesetz 10, 11, 13; Luftverkehrsgesetz 21, 22, 24) oder von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen und der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten (BGB 1360, 61, 1602, 03) oder von der Lebensstellung des Ehemannes oder der unehelichen Mutter (BGB 1360, 1708) und stets von der Entwicklung der wirtschaftlichen, besonders der Preisverhältnisse ihren Inhalt und Umfang erhalten.»

⁶ Vgl. II. Teil § 7 (Die deutsche Formulierung der AK — § 323 dZPO — würde diese Urteile nicht erfassen.)

⁷ So Rosenberg, S. 703 II 1; RG 47, 411; 75, 25; 104, 229.

⁸ So Stein-Jonas § 323 II 2.

⁹ Pliester, S. 33.

sachen wa h l w e i s e die Berufung oder die AK zur Verfügung steht. Nach § 323/2 dZPO sei es nicht erforderlich, daß die Änderung durch die Berufung geltend gemacht werde. Wird aber Berufung eingelegt, so sei daneben kein Raum mehr für die AK, denn dieser würde die Einrede der Rechtshängigkeit entgegenstehen und sei auch dann gar nicht notwendig¹⁰. Das wird durch den Umstand begründet, daß «in der Berufungsinstanz die Erweiterung des Klageantrages und die Erhebung neuer Einwendungen unbeschränkt zulässig sind (§ 529 I dZPO)»¹¹.

Es fragt sich sehr, ob solches auch für das schweizerische Recht Geltung beanspruchen kann. Zwar können Nova in der Berufung regelmäßig vorgebracht werden, doch darf es sich dabei nicht um eine *Klageänderung* handeln¹². Eine solche würde aber vorliegen, denn man ändert den Klagegrund, indem man sich auf einen andern, d. h. neuen Lebensvorgang stützt¹³. In den kantonalen Zivilprozeßordnungen sind aber Klageänderungen verboten^{13a}, «denn aus dem Wesen des Instanzenzuges folgt, daß die obere Instanz auf keine andere Klage eintreten darf, als sie der ersten Instanz unterbreitet wurde»¹⁴. (Vgl. ZPO/Zürich § 127 Zif. 1). Das muß auch dann gelten, wenn der Beklagte in der Berufungsinstanz in Form von Einreden eine nachträgliche, anders als in der ersten Instanz angenommene Entwicklung entgegenhält, denn dabei würde es sich ja ebenfalls um andere Ansprüche handeln als diejenigen, mit welchen sich der erste Richter zu beschäftigen hatte.

Im Ergebnis ist m. E. für das schweizerische Recht festzuhalten, daß die Berufung für die Geltendmachung einer nachträglich wider Erwarten eintretenden Veränderung nicht statthaft ist^{14a}. Sollte es ausnahms-

¹⁰ Pliester, S. 34.

¹¹ Pliester, S. 34.

¹² Guldener, S. 450 Nr. 45.

¹³ Guldener, S. 203; Oftinger, S. 169 sagt: «Das Rechtsbegehren der Nachklage kann über die in der ersten Klage formulierten Forderungen hinaus gehen, ohne daß darin eine Klageerweiterung läge.» Das muß m. E. so verstanden werden, daß eine neue, nicht identische (!) (Nach-)Klage vorliegt, daß es um neue Ansprüche geht. Vgl. § 4 I.

^{13a} Immerhin ist die Klageänderung nicht in allen kantonalen Prozeßgesetzen schlechterdings verboten.

¹⁴ Guldener, S. 203.

^{14a} Andere Meinung K. v. Wyß SJZ 14, S. 69. Die Urteile müssen formell rechtskräftig sein. «Tritt eine Veränderung der Verhältnisse noch während der Streithängigkeit ein, so kann dies noch während des Verfahrens berücksichtigt werden.» Gemeint ist die Berufung: Zürich ZPO § 338. Dieser Meinung schloß sich auch Vontobel, S. 115 an. Ebenso Gmür, 157 ZGB Nr. 5b.

weise vorkommen, daß schon vor der formellen Rechtskraft eine Veränderung eintritt, so ist diese mit der AK zu verfolgen. Das drängt sich auch noch von einem andern Gesichtspunkt auf. Die AK wurde ja gerade für die nachträgliche Veränderung geschaffen. Die Abänderungsnorm stellt ganz bestimmte Requisite auf: das Erfordernis der wesentlichen Veränderung und die Nicht-Rückwirkung des abändernden Urteils¹⁵. Schon deshalb ist die Berufung zu verwerfen, weil ja mit ihr jene Requisite umgangen würden. Zudem würde die Wahlmöglichkeit Verwirrung stiften, denn die eine Partei will sich auf die Berufung, die andere auf die AK stützen, je nachdem, was für sie gerade günstiger ist.

III. *Veränderung der Verhältnisse*

1. Darunter sind diejenigen Verhältnisse zu verstehen, welche damals die Grundlage für die Berechnung der zukünftigen Entwicklung bildeten, «welche für die Verurteilung als solche, die Höhe oder die Dauer der Leistung maßgebend waren»¹⁶. Die Veränderung ist eine relative, in dem Sinne, daß sie *gegenüber der Prognose* gemessen wird¹⁷. Ein Beispiel: der Zustand eines Verletzten bleibt konstant, im Urteil wurde hingegen eine Verschlechterung vorausgesagt. So ist die Differenz zwischen tatsächlichem Zustand und demjenigen in der Prognose als die Veränderung der Verhältnisse zu betrachten, während sich der tatsächliche Zustand überhaupt nicht verändert hat^{17a}.

a) Die Veränderung kann in *allgemeinen* Umständen liegen. Z. B. bei erheblichem Ansteigen der Unterhaltskosten infolge *Geldentwertung*¹⁸, oder die Unterhaltskosten sind für den Pflichtigen nicht mehr tragbar, wie das in Deutschland nach der Währungsreform vorkam¹⁹.

b) Die zur Veränderung führenden Umstände können aber auch in der *Person* des Berechtigten oder Verpflichteten liegen²⁰. Der Verletzte erholt sich wider Erwarten rascher von seiner Verletzung usw.

2. *Damalige falsche Beurteilung*. Eine solche kann in zwei Hinsichten Platz greifen. Zunächst kann der momentane Zustand, d. h. derjenige

¹⁵ Vgl. § 3 B III und VII.

¹⁶ Stein-Jonas § 323 II 3; Schönke, S. 302.

¹⁷ Vgl. Voigt, S. 34; RG 126, 239.

^{17a} ZbJV 47, S. 75 ff.; BGE 39 III 314.

¹⁸ Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C.

¹⁹ Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C.

²⁰ Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C; Nikisch, S. 421; Stein-Jonas, § 323 II 3 a.

im Augenblick des Prozesses falsch beurteilt werden. Dann kann aber auch eine zukünftige Entwicklung in dem Sinne falsch beurteilt werden, daß gewisse zukünftige Tatsachen nicht berücksichtigt wurden, obschon diese – bei nötiger Sorgfalt usw. – voraussehbar waren.

Es wird in der Literatur allgemein die Meinung vertreten, daß bei damaliger falscher Beurteilung eine Abänderungsklage *nicht* möglich sei, bzw. keinen Erfolg haben könne²¹.

a) Es ändert z. B. die wissenschaftliche Beurteilung gewisser Fälle. Dann haben sich die Verhältnisse im Sinne des Gesetzes, will heißen die Tatsachen, nicht verändert²². Es liegt dann die gleiche Situation vor, wie wenn bei einem gewöhnlichen Sachurteil auf ein falsches Gutachten ein Urteil aufgebaut wird.

b) Auch neue Beweismöglichkeiten bedeuten keine Veränderung der Verhältnisse²³.

Zunächst gilt es den Fall zu untersuchen, wo die Situation im Moment des Prozesses – ohne Berücksichtigung der zukünftigen Entwicklung – nicht richtig erkannt wurde. Es erhebt sich die Frage, ob man im Abänderungsprozeß von der damaligen Situation ausgehen soll, so wie sie der Richter in seinem Urteil festhielt, oder so, wie sie wirklich war – wenn nämlich das Urteil und die damalige tatsächliche Lage auseinanderfielen. So sagt z. B. Voigt, «daß die maßgeblichen Verhältnisse bezüglich der vergangenen und gegenwärtigen Tatsachen die *wirklichen* sind und nicht die, wie sie der Richter im Tatbestand festgelegt hat»²⁴.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn die Abänderungsklage kann nicht dazu herhalten, *vermeidbare Fehler* des ersten Urteils zu korrigieren; genau so hier nicht wie dort, wo eine voraussehbare Entwicklung – z. B. Besserung – nicht bereits seinerzeit im Urteil Berücksichtigung fand. Vgl. anschließend c)²⁵.

²¹ Nikisch, S. 422; Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C. Voigt, S. 32; RG 126, 239.

²² Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C; Rosenberg, S. 704; Nikisch, S. 422.

²³ Nikisch, S. 422; Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C.

²⁴ A. a. O. S. 32.

²⁵ Oftinger, S. 169, vertritt scheinbar (!) die gegenteilige Ansicht. «Basis für die Beurteilung der Frage, ob eine wesentliche Verschlimmerung im Zustand des Verletzten vorliege, ist nicht der objektive körperliche Zustand des Verletzten im Zeitpunkt des ersten Urteils, sondern der vom Richter damals geschätzte Grad von Arbeitsunfähigkeit.» «Auch wenn der körperliche Zustand an sich gleich geblieben ist, genügt es folglich als Voraussetzung der Rektifikation, wenn die damalige Schätzung sich nachträglich als unrichtig erweist.» Liest man diese

Ein Beispiel aus der Praxis²⁶. Der Beklagte mußte eine Schadensrente zahlen, weil der Kläger durch ihn um 75 % in seiner Arbeitsfähigkeit vermindert wurde. In Hinsicht auf die zukünftige Entwicklung wurde gleichbleibender (!) Zustand prognostiziert. Der im ersten Prozeß Beklagte machte nun mit einer AK geltend, der Kläger sei inzwischen voll arbeitsfähig geworden. Das Landgericht hieß die AK gut und befreite von der Rentenpflicht. Nach eingelegter Berufung stellte aber die Berufungsinstanz fest, daß der Rentenberechtigte zum vornherein – also schon zur Zeit des ersten Urteils – voll gesund war. Die Berufung des Berechtigten wurde gutgeheißen, d. h. der Pflichtige mußte weiter zahlen. Das deutsche Reichsgericht hat sich in RG 126, 239 der Ansicht des Berufungsgerichtes angeschlossen. Es widerspreche dem Sprachgebrauch, in einem solchen Falle von «Veränderung der Verhältnisse» zu reden: es hätten sich nicht die Verhältnisse, sondern deren Beurteilung geändert. Dieser Auffassung ist beizupflichten.

Es ist nicht unbedingt gesagt, daß das Abänderungsgericht das seinerzeitige Urteil als Fehlentscheid (immer im hier gemeinten eigentlichen Sinne in Parallelität zu den gewöhnlichen Sachurteilen) erkennt. Es kann auch von der Richtigkeit des ersten Urteils ausgehen, bzw. den Fehler gar nicht erkennen, so wie es das Landgericht in unserem Falle tat. Dann gilt der Berechtigte formell bis heute als um 75 % vermindert, von heute an ist er voll gesund. Es liegt eine wesentliche Veränderung vor, folglich hört die Rentenpflicht auf, da der Berechtigte ja nun voll gesund ist.

Stoßend ist es, wenn der Berechtigte selbst nachweist, daß er immer voll gesund war, um dann damit belohnt zu werden, daß er die bis jetzt materiell zu Unrecht bezogene Rente auch weiterhin (!) erhält, weiterhin auf Fehlurteil basierend, weiterhin zu Unrecht.

Extrem spitzt sich folgender Fall zu²⁷. Es wird wegen Unfall eine Rente zugesprochen. Der wahre, aber zur Zeit des ersten Urteils noch

Sätze, so könnte man vielleicht zunächst meinen, Oftinger wolle damit eine andere Ansicht, als die in unserem Text vertretene, zum Ausdruck bringen. Das ist aber m. E. wohl kaum der Fall. Liest man nämlich die Literatur, auf welche die betreffende Note verweist, so sieht man, daß gar nicht der Fall gemeint ist, wo ein Fehlurteil hinsichtlich der Lage zur Zeit des Urteils erging, sondern wo eine vorausgesagte und diskontierte Besserung nicht eintrat, die wirklichen Verhältnisse insofern gleich blieben. Diese Erscheinung jedoch kennen wir bereits: Vgl. § 3 B III 1 und Nr. 17 a.

²⁶ RG 126, 239.

²⁷ Seuffert, Archiv, 92 Nr. 74.

nicht erkannte Grund der verminderten Arbeitsfähigkeit ist jedoch eine Syphilis. Im Abänderungsprozeß macht der Berechtigte noch einen weit höheren Schaden geltend, da es ihm immer schlimmer geht. Er hat Erfolg! Und dies, obschon der Richter im zweiten Prozeß wußte, daß kein Kausalzusammenhang mit jenem Unfall bestand.

Auch bei gewöhnlichen Sachurteilen müssen Fehlentscheide immer wieder hingenommen werden, was für den Einzelnen, der dadurch betroffen wird, ebenfalls sehr hart ist.

Allerdings bezüglich des zweiten Beispiels können die Konsequenzen m. E. nicht akzeptiert werden. Da hat es nämlich nicht beim ersten Fehlurteil sein Bewenden, sondern dieses wird geradezu ausgeschlachtet, indem es umfänglich noch vergrößert wird. Doch scheint mir dagegen in ZGB 2/2 ein Kraut gewachsen zu sein, wenigstens was das schweizerische Recht anbelangt²⁸. Ich würde die Einrede des offenbaren Rechtsmißbrauches erheben. Dennoch darf die Rente, wie sie ziffernmäßig und zeitlich im ersten Urteil fixiert wurde, nicht aufgehoben werden, weil ja sonst eben die AK vermeidbare Fehler des ersten Urteils richtigstellen würde. Das wäre dogmatisch unbefriedigend. Umgekehrt darf sie aber nicht dazu dienen, vermeidbare Fehler des ersten Urteils noch zu verschlimmern!

Wenn auch die AK nicht im Stande ist, ein erstes Fehlurteil zu korrigieren, so ist damit das letzte Wort über das Schicksal jenes Urteils noch nicht gesprochen. Es gilt nach anderen Möglichkeiten Ausschau zu halten. M. E. sollte die *Revision* als außerordentliches Rechtsmittel, wie sie z. B. in ZPO/Zürich § 351 ff. normiert ist, für gewisse Fälle eine erfolgreiche Handhabe bieten²⁹. Gerade jener Fall scheint mir zum Erfolg prädestiniert, wo ein seinerzeitiges Fehlurteil den Grund in einem medizinischen Gutachten hat, welches auf gegen-

²⁸ Das deutsche Reichsgericht gab die große Unbilligkeit des klägerischen Ansinnens zu. Doch sei dies nicht «durchschlagend». Seuffert, Archiv, 92 Nr. 74.

²⁹ Wenn Guldener, S. 488 Nr. 6 sagt: «Mußte aber eine künftige Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse in der Entscheidung vorweggenommen werden (z. B. bei der Bemessung eines erst künftig eintretenden Schadens), so kann die Revision nicht unter Berufung darauf verlangt werden, daß sich die Verhältnisse anders gestaltet haben, als es das Gericht erwartete ...», so ist das sehr richtig und widerspricht nicht unserer im Text vertretenen Ansicht. Wir haben es ja — wie bereits betont — *nicht* mit einer falschen Prognose zu tun, sondern mit einer falschen Beurteilung von Tatsachen, die sich bereits verwirklicht haben. Solche und nur solche Tatsachen sind es, welche überhaupt für eine Revision in Frage kommen. Vgl. die eben zit. Nr. am Anfang.

über heute rückständigen und mangelhaften Erkenntnissen beruht. Hier werden erst «nachträglich erhebliche ... Beweismittel für erhebliche Tatsachen entdeckt»³⁰.

c) *Voraussehbare, bzw. nicht voraussehbare Veränderungen*

a) Soll die Abänderungsklage Erfolg haben, so dürfen die neu geltend gemachten Veränderungen damals nicht voraussehbar gewesen sein. Es müssen Veränderungen, welche «nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge»³¹ voraussehbar sind, im ersten Urteil bereits berücksichtigt werden³². Das kann zu dem bereits oben gehörten Fall führen, wo eine Veränderung «voraussehbar» war, wider Erwarten aber dennoch nicht eintrat. Der tatsächliche Zustand braucht sich in einem solchen Falle nicht geändert zu haben, dennoch hat die AK Erfolg – wie wir ja bereits wissen³³. Hier geht es, um das herauszustellen, nicht um ein Fehlurteil im eigentlichen Sinn, wie wir es unter b) vor uns hatten, sondern um eine **f a l s c h e P r o g n o s e**.

Ist jedoch eine Veränderung voraussehbar und wurde sie nicht im Urteil in Rechnung gestellt, so kann der AK mit Erfolg die *Einrede der Voraussehbarkeit* entgegengehalten werden³⁴. Eine Änderung des Urteils darf in einem solchen Falle deshalb nicht Platz greifen, weil die AK nicht dazu dient, v e r m e i d b a r e Fehler des ersten Urteils zu korrigieren, «denn sonst wären die Beteiligten eines solchen Prozesses ungerechtfertigt bevorzugt, da sonst Mängel nach der Rechtsfindung hingenommen werden müssen»³⁵.

In § 4 wird gesagt werden, daß auf Grund einer wesentlichen Veränderung gegenüber der Prognose mit der Veränderung neue subjektive Ansprüche entstehen, auf welche sich die (verschärfte) Rechtskraft des ersten Urteils nicht erstreckt³⁶. Das hat dann dort immer mit der Maß-

³⁰ Guldener, S. 488.

³¹ OR 42/2: «Der nicht ziffermäßig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge ... abzuschätzen.»

³² Schönke, S. 302; Rosenberg, S. 704; Nikisch, S. 422; RG 63, 195; 75, 127; 83, 65; 86, 182; 86, 382; 145, 307.

Sträuli, S. 193; SJZ 10, S. 145; BGE 39 II 613.

³³ Vgl. § 3 B III 1.

³⁴ Vgl. Sträuli, S. 193. Wegen der Rechtskraft kann auf neue Tatsachen dann, wenn sie bereits im ersten (!) Prozeß *einredeweise* hätten geltend gemacht werden können, nicht mehr eingetreten werden.

³⁵ Nikisch, S. 422.

³⁶ § 4 I speziell E 1. und II B.

gabe zu gelten, daß nur Ansprüche aus unvorhersehbarer wesentlicher Veränderung – nicht aus voraussehbarer – mit der Rechtskraft des ersten Urteils nicht in Konflikt geraten.

Auch bei Veränderungen, welche voraussehbar waren, entstehen in diesem Moment^{36a} neue Ansprüche (wenigstens bei Renten), denn schon die einzelnen Raten der Rente entstehen nach der Ansicht, welche in dieser Arbeit vertreten wird, in jedem Augenblick mit dem entsprechenden wirklichen Tatsacheintritt und haben noch nicht zur Zeit des ersten Urteils bestanden³⁷. So muß es zunächst überraschen, daß solche neue Ansprüche, auch wenn voraussehbar, wegen der Rechtskraft nicht durchgesetzt werden können, denn der Satz «ne bis in idem» bezieht sich ja nur auf identische, nicht neue Ansprüche. Wie wir aber wiederum in § 4 sehen werden, ist die Rechtskraft bei Rentenurteilen in mancher Hinsicht *verschärft*, weil ohne Verschärfung der allgemeinen Rechtskraftgrundsätze der Rechtssicherheit bei unseren *sui generis* – Urteilen nicht Genüge getan wäre.

Eine solche *Verschärfung der Rechtskraft* müssen wir auch hier konstatieren, wo voraussehbare, aber dennoch neue (!) Ansprüche, nicht durchgesetzt werden können.

Diese Lösung drängt sich aus *praktischen Gründen* mit Notwendigkeit auf. Und zwar handelt es sich nicht nur um eine Ordnungsvorschrift. Voraussehbare Rechte werden bei Nicht-Berücksichtigung im ersten Urteil *verwirkt*³⁸. Man muß sich nur die gegenteilige Regelung vorstellen. Dann würden sich die Gerichte wohl nicht selten von der Prognose drücken. Sie würden ein Urteil, welches dem momentanen Zustand entspricht, ergehen lassen, für Besserung oder Verschlechterung aber einfach auf die AK verweisen, gleich ob voraussehbar oder nicht. Das Prinzip soll hingegen sein, daß unsere Fälle grundsätzlich *auf einmal erledigt werden*³⁹.

Das Gegenteil hätte auch auf den Berechtigten einen ungünstigen Einfluß. So ist die Berücksichtigung von voraussehbaren Veränderungen *psychologisch im Hinblick auf das subjektive Verhalten des Geschädigten* von ausschlaggebender Bedeutung. Es gibt nämlich Men-

^{36a} D. h. mit Eintritt der wesentlichen Veränderung.

³⁷ § 4 I E 1.

³⁸ Allerdings nur, wenn die Gegenpartei die Einrede der Voraussehbarkeit erhebt.

³⁹ Vgl. z. B. BGE 57 II 58: «La liquidation immédiate et définitive doit cependant être la règle, la réserve l'exception.»

schen, die sich z. B. an ihre Verletzung nicht gewöhnen, nicht anpassen, nicht das Beste aus ihrer Lage herausholen, obschon sie dies könnten, wenn sie nur wirklich wollten. Ja, darüber hinaus gibt es Menschen, welche geradezu ihr Unglück genießen und sich davon nicht mehr trennen können⁴⁰. Da darf keine falsche Wehleidigkeit gezüchtet werden, und dem Simulieren darf kein Vorschub geleistet werden: solche Leute bedürfen eines *Ansporns*, damit sie sich aufraffen und ihren Willen gebrauchen, um das Beste aus ihrer Lage herauszuholen. Ist nach den *Erfahrungssätzen* für einen bestimmten Fall normalerweise eine Besserung zu erwarten, so muß diese in Rechnung gestellt werden, ansonst Willensschwache und Wehleidige ständig im gleichen Zustand verharren würden oder es ihnen gar noch schlechter ginge, hoffend, mit der AK noch mehr Rente zu erhalten. Es kann aber auch der Fall eintreten, daß eine vorausgesagte Besserung ausbleibt, trotz des guten Willens des Verletzten. Deshalb ist m. E. bei Nicht-Eintritt einer vorhergesagten Veränderung zu untersuchen, w e s h a l b es anders kam. Hat es der Verletzte am guten Willen zur Heilung – so weit er dazu beitragen konnte – fehlen gelassen⁴¹, oder gar absichtlich seinen Zustand verschlimmert, so ist der adäquate Kausalzusammenhang mit dem auslösenden Unfall unterbrochen und eine AK nicht zuzulassen. War jedoch der gute Wille zur Besserung da und ist den Erfahrungssätzen zum Trotz dennoch keine Besserung erfolgt, so kann mit Erfolg abgeändert werden, denn in diesem Fall handelt es sich nun in der Tat um eine unvorhersehbare Veränderung.

Bei traumatischen Neurosen hat sich eine eigentliche *Neurosen-Praxis* entwickelt. Hier spitzen sich die Dinge zu, da bei Neurosen überhaupt j e d e Möglichkeit eines Zurückkommens schädliche Auswirkungen auf deren Verlauf hat. «Die traumatische Neurose pflegt übrigens erfahrungsgemäß erst nach der *endgültigen* Erledigung der Entschädigungsfrage zu heilen. Durch einen Rektifikationsvorbehalt würden also nur die Krankheit verlängert und der Schaden vergrößert werden».

⁴⁰ So ist mir ein Fall bekannt, wo eine Frau sagte, im Spital sei es am schönsten auf der Welt. Ferner: ein Mann, der an Krücken gehen mußte, hat sich nicht davon lösen können, obschon er von verschiedenen Professoren als geheilt erklärt wurde.

⁴¹ Z. B. eine zumutbare Operation, welche für die Besserung seines Zustandes maßgebend wäre, nicht vornehmen läßt.

Über die Voraussetzungen der Zumutbarkeit vgl. Oftinger, S. 153 f. Für den Fall des Mißlingens einer solchen zumutbaren Operation kann ein Rektifikationsvorbehalt ins Urteil aufgenommen werden bei OR 41 ff. Oftinger, S. 169.

Bert⁴².» Deshalb lehnt das Bundesgericht die Aufnahme eines Nachklagevorbehaltes in das Urteilsdispositiv ab. Es können demnach Veränderungen, welche normalerweise (!) wirklich unvorhersehbar wären, nicht berücksichtigt werden⁴³.

Es fragt sich noch, mit welchen *Maßstäben* die Voraussehbarkeit gemessen werden muß. Als maßgebend gelten die «*normalen Erkenntnisse*». Z. B.: der den Kläger behandelnde praktische Arzt hat die Folgeerscheinungen nicht vorausgesehen und wurde von ihnen überrascht. Dagegen fällt es nicht ins Gewicht, wenn ein in Unfallsachen ganz besonders erfahrener Arzt die Folgen damals schon als möglich hätte voraussehen können, wäre er damals schon zugezogen worden⁴⁴. Es sind demnach nicht objektive und absolute, sondern relative, subjektive Maßstäbe anzuwenden.

Das ist gut so, denn sonst könnte die Einrede der Voraussehbarkeit leicht ausarten und die Abänderungsmöglichkeit muß sorgfältig auf die Akten und Protokolle des ersten Prozesses abgestellt werden, denn die Vergangenheit erscheint retrospektiv gerne verzerrt.

β) Verschiedene Grade von Voraussehbarkeit. «Wenn die zukünftige Entwicklung feststand (!) oder mit Sicherheit zu erwarten war, so kann und muß . . .», sagt Nikisch⁴⁵. Diese Formulierung ist m. E. zu absolut, denn vollständige Sicherheit in der Beurteilung zukünftiger Tatsachen besteht *nie*⁴⁶. Man sollte nur Tatsachen einkalkulieren, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (Erfahrungssätze)⁴⁷, will heißen mit großer Wahrscheinlichkeit oder wenigstens mit «hinreichender Sicherheit»⁴⁸ eintreten werden. Unsicheren zukünftigen Schaden darf und sollte man offen lassen⁴⁹. Dieser ist dann unsicher, wenn «ein gewisser Grad von Unsicherheit über dessen Eintritt» besteht⁵⁰.

⁴² BGE 41 II 405.

⁴³ BGE 30 II 491; 38 II 227, 656; 41 II 405; 57 II 59.

⁴⁴ RG 86, 182.

⁴⁵ Nikisch, S. 422.

⁴⁶ Oser, Art. 46 Nr. 22; Oftinger, S. 169; BGE 32 II 462.

⁴⁷ So gilt der Erfahrungssatz, daß man bis zum 65. Jahre erwerbsfähig ist, d. h. arbeitet. Wenn jemand, dem sogar eine Rente bis zum 70. Jahre zugesprochen wurde, auch nachher noch arbeitsfähig ist, so widerspricht das dem gewöhnlichen Lauf der Dinge. Als unvorhersehbare Veränderung muß die AK insofern Erfolg haben. Vgl. RG 86, 382.

⁴⁸ Vgl. OR 46/2.

⁴⁹ Gemeint sind solche Fälle, wo der gute Wille zur Besserung bzw. Nicht-Verschlechterung vorausgesetzt ist.

⁵⁰ Vgl. näher II. Teil, § 9 I und die dortigen Literaturangaben.

Andererseits führen die eben gemachten Aussagen dazu, es mit der Einrede der Vorausssehbarkeit streng zu nehmen. Es muß schon eine hochgradige Vorausssehbarkeit bestanden haben, eine bloße etwaige Möglichkeit darf nicht genügen für den Erfolg jener Exceptio, denn für die Zukunft sind «Möglichkeiten» in jeder beliebigen Hinsicht gegeben.

Im übrigen muß noch Folgendes gesagt werden. Die eben genannten Schwierigkeiten der Zukunftsberechnung stellen sich – bei differenzierter Betrachtungsweise – am prägnantesten bei Schaden wegen Körperverletzung. Deshalb wurde auch immer dieser Rentenfall als Beispiel herangezogen. Hier muß nämlich eine zukünftige *Entwicklung* meist im Sinne einer Vergrößerung oder Verkleinerung berechnet werden, während bei den andern Rentenarten grosso modo ein auch in Zukunft *konstant* bleibender Zustand in Frage kommt^{51, 52}.

IV. *Wesentliche* Veränderung. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Frage, wann eine Veränderung als wesentlich zu gelten hat, im Einzelfall durch das *freie richterliche Ermessen* zu entscheiden ist⁵³. Eine Veränderung ist dann wesentlich, wenn sich «nicht gar zu geringfügige Abweichungen von der Bemessung der Leistung ergeben, die nach den früher maßgebenden Verhältnissen vorgenommen worden waren»⁵⁴. Es ist leicht einzusehen, daß die Höhe der Anforderungen an die Wesentlichkeit durch die Praxis für die Abänderung von schick-salhafter Bedeutung ist. Ein Beispiel von weitreichender praktischer Bedeutung: die schweizerische *Geldabwertung* aus dem Jahre 1936 wurde als nicht – wesentlich taxiert⁵⁵. In der Folge mußten eine Unzahl von Urteilen nicht abgeändert werden⁵⁶. Zu der sehr wichtigen Frage der Geldentwertung vergleiche im Einzelnen den II. Teil⁵⁷.

⁵¹ Voigt unterscheidet S. 34 f. drei Möglichkeiten: 1. die Verhältnisse können gleich bleiben. 2. Schaden oder Bedürftigkeit können wachsen, oder 3. kleiner werden.

⁵² Doch sind Übergänge möglich: z. B. muß m. E. der Richter bei ZGB 152, wenn die Bedürftigkeit in Zukunft kleiner werden wird – z. B. durch bevorstehende Erbschaft – dies berücksichtigen.

⁵³ RG 145, 306.

⁵⁴ Schönke, S. 303; RG 166, 305.

⁵⁵ Egger, Art. 328 Nr. 48.

⁵⁶ Ein Beispiel für eine wesentliche Veränderung: Ein außereheliches Kind wird für voraussichtlich dauernd an einem andern (billigeren oder teuern) Ort untergebracht werden. Schönke, S. 303.

⁵⁷ Vgl. II. Teil, § 8 I B 2.

V. *Änderung der Gesetzgebung*. Dieser Fall kann nicht einfach unter «Veränderung der Verhältnisse» subsumiert werden. Er erhält deshalb in der Systematik seinen eigenen Platz. Die AK greift nur dann Platz, wenn die neuen Gesetze eine *wesentliche* Abweichung von der früheren Beurteilung nach Höhe und Dauer verlangen^{58, 59}. Aber auch schon eine Änderung in der allgemeinen *Rechtsauffassung* kann nach der Ansicht gewisser Autoren zu einer erfolgreichen AK Anlaß geben, allerdings unter der Voraussetzung, daß die Änderung klar, einheitlich und durchgreifend ist⁶⁰.

VI. *Spezialfall*. Wie steht es, wenn die Haftpflicht dem Grunde nach bejaht wurde, die Klage aber wegen des Fehlens von Schaden abgewiesen wurde? Ist hier eine neue Klage nach den gewöhnlichen Grundsätzen oder die spezielle Abänderungsklage mit den ihr eigenen Requisiten zu erheben? Auch hier gibt es in der Literatur einmal mehr gegen-
teilige Ansichten⁶¹.

Zwar redet § 323 dZPO von «Verurteilung», und so könnte man durch dieses äußere Moment zunächst versucht sein, für die Möglichkeit einer neuen Klage zu plädieren. Diese hätte zwar für den Kläger in der Tat Vorteile – für den Beklagten aber Nachteile! Es würde nach dieser Ansicht ein wenn auch noch so geringer Schaden später die AK im Gefolge haben. Langt es nicht zu diesem Minimalschaden, sondern liegt zufälligerweise überhaupt keiner vor, so sei später eine neue Klage das Richtige. Daß der Entscheid nicht von solchen Zufälligkeiten abhängen kann, hat Rosenberg richtig erkannt⁶². Aber auch Voigt⁶³ mag nicht zu überzeugen. Er behauptet, bei Klageabweisung im obigen Sinne habe das Urteil wie gewöhnliche Sachurteile nur für die Gegenwart Wirkungen, da es nicht auf einer Zukunftsprognose basiere. Das trifft m. E. aber nicht im geringsten zu. Auch hier hat sich der Richter auf Grund der Erfahrungssätze zu überlegen, ob nicht in *Zukunft* eine Schadensfolge noch eintreten könnte, auch wenn im Moment noch keine vorliegt. Es besteht also nur ein quantativer, nicht aber ein qualitativer

⁵⁸ RG 46, 66; 166, 305; Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C. Schönke, S. 303.

⁵⁹ Vgl. Praxis des Bundesgerichtes Bd. 2, S. 202 und BGE 39 II 18.

⁶⁰ Baumbach-Lauterbach, § 323 2 C.

⁶¹ Voigt, S. 42, Oertmann, S. 311, Oppermann, S. 453 treten für eine neue (!) Klage ein.

Für die AK hingegen: Pliester, S. 29 f. und Rosenberg, S. 702; RG 162, 279. S. 702.

⁶³ S. 44.

Unterschied zu denjenigen Rentenurteilen, welche nur mit der AK abgeändert werden können.

Erwächst nach dem Urteil ein Schaden, so muß dies wider Erwarten, d. h. unvorhersehbar sein. Ferner muß er relativ groß sein; es ist nicht einzusehen, weshalb hier das Erfordernis der wesentlichen Veränderung wegfallen sollte und das Requisit der Nicht-Rückwirkung übergangen werden könnte.

Auch in dem eben behandelten Spezialfall ist die Abänderungsklage und nur diese am Platz. Das muß m. E. als Ergebnis festgehalten werden⁶⁴.

VII. *Nachträgliche Veränderungen.* Der Eintritt der wesentlichen Veränderungen darf erst *n a c h* dem Schluß der letzten Tatsachenverhandlung erfolgen. Für Tatsachen, die sich schon vorher verwirklicht haben, liegen die Dinge genau gleich wie bei gewöhnlichen Sachurteilen.

Daß es sich um nachträgliche Veränderungen handeln muß, formuliert Absatz 2/§ 323 dZPO wie folgt: «Die Klage ist nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf welche sie gestützt wird, erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung, in der eine Erweiterung eines Klageantrages oder die Geltendmachung von Einwendungen spätestens hätte erfolgen müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können.»

Für diejenigen, welche annehmen, solche nachträgliche Veränderungen könnten auch noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden, liegen die Dinge etwas anders. Hat man sich vor der formellen Rechtskraft für die Berufung entschieden, so *müssen* allfällige nachträgliche Veränderungen dort berücksichtigt werden. Dann ist die letzte Tatsachenverhandlung nicht diejenige der ersten, sondern der zweiten, eventuell noch einer höheren Instanz⁶⁵. Bei eingelegter Berufung kann die AK – wie wir wissen⁶⁶ – nicht angestrengt werden (wegen der Rechtshängigkeit) und nach erledigter Berufung erst recht nicht, liegt doch dann *res judicata* vor.

VIII. *Nicht-Rückwirkung.* Das Abänderungsurteil ist nicht rückwirkend. Das erste Urteil darf nicht für die Zeit vor, sondern erst für die Zeit *n a c h* Erhebung der Klage abgeändert werden. Vergleiche auch § 4 II A b). Die Nicht-Rückwirkung statuiert in klarer und eindeutiger

⁶⁴ Vgl. auch den Fall in Seufferts Archiv, 44 Nr. 25.

⁶⁵ So Rosenberg, S. 704; vgl. auch Stein-Jonas, § 323 II 4.

⁶⁶ Vgl. § 3 B II; RG 47, 406.

Weise Absatz 3/§ 323 dZPO: «Die Abänderung des Urteils darf nur für die Zeit nach Erhebung der Klage erfolgen.»

Im schweizerischen Recht ist diese Nicht-Rückwirkung nirgends ausdrücklich normiert. Nach der schweizerischen Praxis sind jedoch die Abänderungsurteile genau so nicht rückwirkend, wie im deutschen Recht. Dazu ausführlich in § 5.

Prozessual betrachtet kann gesagt werden, daß die Abänderungsklage wegen der Nicht-Rückwirkung eine Gestaltungsklage, das Abänderungsurteil ein Gestaltungsurteil ist. Doch dazu näher in § 6.

IX. *Klage*. Es muß beim Richter geklagt werden. Über die Bedeutung des Erfordernisses der Klage vergleiche § 4 II D. Hier sei jedoch bereits vermerkt, daß es nicht immer der Richter sein muß, welcher das erste Urteil abändert.

Dazu folgender Fall: Die SUVAL als Verwaltungsbehörde regelt eine Rente aus KUVG. Der Entscheid wird an ein kantonales, bzw. ans eidgenössische Versicherungsgericht weitergezogen. Nun liegt ein gerichtliches Urteil vor. Es treten nachträgliche Veränderungen ein. Der Gewaltentrennung widerspricht es jedoch nicht im geringsten, wenn die SUVAL als Verwaltungsbehörde selbst abändert – KUVG 80 spricht von «Revision» –, da die Revision die Rechtskraft des versicherungsgerichtlichen Urteils gar nicht tangiert, dessen Richtigkeit gar nicht in Frage stellt. BGE 47 I 351.

Ein weiterer Fall, wo die Abänderung des ersten Urteils nicht ausschließlich in die Kompetenz des Richters fällt, sind die Entscheide aus ZGB 156. In gewissen Fällen kann die Vormundschaftsbehörde eingreifen ohne dadurch aber irgendwie in die richterliche Unabhängigkeit einzugreifen⁶⁷.

X. *Verjährung*. Die Frage der Verjährung stellt sich speziell bei Ersatzrenten. Für Unterhaltsrenten gilt ja der Satz: in praeteritum non vivitur. Immerhin stellt sich auch hier – aber in einem anderen Sinne – die Frage der Verjährung, insofern es um Unterhaltsrenten geht, welche in einem Urteil bereits fixiert sind⁶⁸. Auch kann der obige Satz in Zeiten allgemeiner Not nicht schlechterdings gelten⁶⁹.

⁶⁷ Vontobel, S. 112 ff.; a. M. (ausschließliche Zuständigkeit des Richters) Michel, S. 61.

⁶⁸ Vgl. Steinbrüchel, SJZ 1952, S. 120 ff. (Verjährung nach der Regel von OR 131). Das «Forderungsrecht im ganzen» verjährt in 5 Jahren nach Fälligkeit der ersten rückständigen Rente. A. M. in SJZ 43, S. 157.

⁶⁹ Z. B. wenn sich der Anwalt im Aktivdienst befindet und der Bedürftige sich

Bei Ersatzrenten. Der Anspruch auf die Abänderung verjährt nach dem Eintritt der wesentlichen Veränderung nach *denselben Regeln* wie der alte Anspruch⁷⁰. Allerdings ist der Beginn der Frist, wie wir aus anderem Zusammenhang wissen⁷¹, nicht leicht zu ermitteln.

Die Ansicht, daß die AK schlechthin unverjährbar sei – wie zum Teil Vertreter der Billigkeitstheorie annehmen⁷² –, ist absurd. Mindestens der Mehrfordernde muß sich an die allgemeinen Verjährungsbestimmungen halten, will er sich nicht die Einrede der Verjährung gefallen lassen müssen. Nach OR 60 müßte er also spätestens in einem Jahr, seitdem er Kenntnis von der wesentlichen Veränderung hat, die AK erheben. Zehn Jahre ist jedoch die absolute Frist. M. a. W. kann nach dieser Frist, welche vom «auslösenden» Ereignis (Unfall usw.) an sich berechnet, nur noch eine Naturalobligation entstehen – sollte wirklich nach so langer Zeit noch eine wesentliche Veränderung eintreten. Umgekehrt sollten m. E. auch für den Pflichtigen, welcher vorbringt, die Renten seien wegen wesentlicher Veränderung nicht in der im Urteil vorausgesagten Höhe entstanden, *analoge* Frist gelten.

Doch all die eben gemachten Aussagen gelten – wenigstens in der Schweiz – gar nicht in dieser unmodifizierten Weise. Sie würden nur dann so gelten, wenn nicht OR 46/2 die Rektifikation des Urteils auf zwei Jahre nach dessen Erlaß beschränken würde. Und dabei handelt es sich noch um eine Verwirkungs- und nicht Verjährungsfrist⁷³. Die im Anschluß an OR 60 gemachten Ausführungen gelten also nur mit der eben aufgezeigten, beachtlich einschneidenden Maßgabe. Im deutschen Recht ist von einer derartigen Beschränkung der AK weit und breit nichts zu finden. Dort gelten nach BGB 852 sogar eine drei- bzw. dreißigjährige Frist im Sinne der obigen Ausführungen.

Zur Sicherheit muß noch für das schweizerische Recht untersucht werden, ob auch wirklich die einjährige Frist bei wesentlicher Veränderung erst mit dieser zu laufen beginnt, oder etwa schon von der «schädigenden Handlung» an. Die Verjährungsfrist beginnt aber nach dem klaren Wortlaut von OR 60/1 erst mit «Kenntnis» des Schadens durch

einen Überbrückungskredit (Darlehen) beschaffen konnte, so sollte m. E. die Einrede: *in praeteritum non vivitur* als rechtsmißbräuchlich zurückgewiesen werden.

⁷⁰ Baumbach-Lauterbach, § 323 3 A; RG 86, 181; 108, 38 ff.

⁷¹ Vgl. § 4 II A b).

⁷² Voigt, S. 51.

⁷³ Oftinger, S. 170.

den Geschädigten, und das gilt nach der Ansicht der Literatur auch für die Veränderungen⁷⁴. In der Spezialgesetzgebung liegen die Dinge jedoch anders⁷⁵.

XI. *Gerichtliche Vergleiche* sind Urteilen gleichgestellt⁷⁶. Das drückt auch Absatz 4/§ 323 dZPO in Verbindung mit § 794 Nr. 1 und 5 aus. M. E. sind auch Renten, welche bisher freiwillig – d. h. ohne daß es zu einem Urteil kam – bezahlt wurden, mit der AK abänderbar, falls man nicht wiederum freiwillig zu einer Einigung kommen sollte.

Interessant ist ZGB 153/1, denn dieser Artikel spricht nicht nur von «Urteil», sondern auch von «Vereinbarung». Aber auch der Absatz 2 dieses Artikels erfaßt sowohl Urteile als gerichtliche Vereinbarungen⁷⁷. Ebenso bleibt ZGB 157 auch gegenüber einer vertraglichen und gerichtlich genehmigten Regelung der Elternrechte vorbehalten⁷⁸.

Bei der Alimentenzahlung durch den außerehelichen Vater kommt es nicht selten zu außergerichtlichen Vergleichen. Solche Verträge seien mit ZGB 320 nicht abänderbar, außer man mache im Vertrag selbst einen Vorbehalt für spätere Rektifikation bei erheblich veränderten Verhältnissen⁷⁹. «Es gibt keine gesetzliche Bestimmung, daß ein Vertrag nur als unter dem stillschweigenden Vorbehalt abgeschlossen gelten soll, daß die Verhältnisse bis zu seiner Erfüllung sich nicht ändern⁸⁰.» Dabei wird aber m. E. übersehen, daß es sich in Wirklichkeit gar nicht um einen Vertrag im eigentlichen Sinne handelt. Die Beiträge sind ja bereits ex lege geschuldet und der Kontrakt ist gar nicht der wahre Entstehungsgrund, man einigt sich nur freiwillig über die genaue Höhe einer bereits bestehenden Schuld. Es wäre schon eigenartig, wenn derjenige außereheliche Vater, welcher es nicht bis zum Richterspruch kommen läßt, schlechter gestellt sein sollte, als derjenige, dem auf freiwilliger Basis nicht beizukommen ist.

⁷⁴ Oser, Art. 46 Nr. 23.

⁷⁵ Vgl. II. Teil, § 9 C.

⁷⁶ Baumbach-Lauterbach, § 323 5 A; Stein-Jonas, § 323 IV 1; Nikisch, S. 422; K. v. Wyß, SJZ 14, S. 69; Gmür, Art. 157 Nr. 5b; Silbernagel, Art. 320 Nr. 6; BGE 43 II 476.

⁷⁷ K. v. Wyß, SJZ 14, 68; B1 ZR 15 Nr. 154 Erw. 1.

⁷⁸ K. v. Wyß, SJZ 14, S. 68.

⁷⁹ K. v. Wyß, SJZ 14, S. 68.

⁸⁰ K. v. Wyß, SJZ 14, S. 68; Silbernagel, Art. 320 Nr. 6. (Auch bei gerichtlichen Vergleichen brauche es hier einen Rektifikationsvorbehalt: das geht m. E. entschieden zu weit.)

XII. *Kapitalabfindung*. Sind Urteile, welche anstatt Rente eine Kapitalsumme zusprechen, auch abänderbar? Diese Frage wurde in der deutschen Literatur zum Teil bejaht, zum Teil verneint. Vergleiche § 4 I E 2; dort wird die Frage von einem andern Winkel aus erneut aufgerollt.

Zunächst: es kann ohnehin nicht für alle Rentenarten ohne weiteres eine Kapitalabfindung treten. Der Wortlaut z. B. von ZGB 319 schließt eine solche aus. Überhaupt scheint mir dem Wesen des Unterhaltsbeitrages nur die Rente gerecht zu werden. Dennoch ist bei ZGB 152 auch eine Kapitalabfindung möglich. Dies ist jedoch sehr begreiflich, denn manche geschiedenen Ehegatten sind froh, nicht durch jede Rentenzahlung wieder an Vergangenes erinnert zu werden. Die Leistung aus ZGB 151 hat jedoch bereits stark Entschädigungscharakter, sie ist stark deliktischer Natur⁸¹. Das führt über zum Schadenersatz wegen deliktischer Körperverletzung. Hier sind Aversalsummen oft sehr angezeigt und sind gar praktisch die Mehrzahl⁸². Immerhin ist auch bei diesen Fällen die Entschädigung in Rentenform das Grundsätzliche. Das bestätigt die einfache Überlegung, daß ja der Lohn, für dessen Ausfall entschädigt wird, immer in zeitlichen Abständen – der Rente sehr ähnlich – ausbezahlt wird und man nicht heute schon z. B. für die zehn nächsten Jahre den Lohn kassieren kann. Ferner deutet auch auf das Grundsätzliche der Rente der Umstand, daß die Aversalsumme durch Kapitalisierung der Rente – welche geschuldet wäre – berechnet wird.

Allgemein läßt sich deshalb sagen, daß die Kapitalabfindung *Ausnahmecharakter* gegenüber der Rente hat. Durch sie soll nämlich ein Fall ein für allemal aus der Welt geschafft werden, während bei der Rente das pure Gegenteil zutrifft. Der Ausdruck «Abfinden» scheint mir darauf hinzudeuten, daß man auf alle «weiteren Rechte» – die aus der entsprechenden Grundnorm durch spätere neue Tatsachen fließen würde – *verzichtet*. Das aleatorische Moment wird aber umgekehrt durch den Empfang einer Aversalsumme *kompensiert*. (Neben den oben genannten Gründen ist auch für viele Leute dieser Umstand von großem Vorteil, denn durch die Kapitalsumme wird ihnen vielleicht ermöglicht, ein Geschäft aufzutun, zu welchem sie ohne den Unfall nie gekommen wären.) Daß sich dieser Verzicht auf der andern Seite kompensiert, läßt

⁸¹ Vgl. Egger, Art. 151 Nr. 5 und 6, für die Schadensberechnung werden OR 43 und 44 analog angewandt: Nr. 8.

⁸² Oftinger, S. 167.

sich natürlich nicht allgemein behaupten. Und in der Tat ist es auch der *Einzelfall*, welcher für den Richter maßgeblich ist hinsichtlich der Frage: Kapital oder Rente⁸³.

Das aleatorische Moment der Aversalsumme sollte auf ein relatives Minimum herabgesetzt werden. So sollte ein noch offener Teil des Schadens, der – hätte sich der Richter für die Rentenform entschieden – noch nicht berücksichtigt worden wäre, sondern durch Nachklage auf zwei Jahre vorbehalten worden wäre, in die Kapitalsumme irgendwie einkalkuliert werden. Das scheint mir dogmatisch die richtige Lösung. Dennoch hat das Bundesgericht auch schon für Kapitalabfindung einen Rektifikationsvorbehalt aufgenommen⁸⁴, m. E. sehr zu Unrecht.

Überleitend zu § 4 sei gesagt, daß die große Streitfrage nun die ist, ob die Abänderungsklage *nur* auf Grund einer Billigkeitsausnahme von den Grundsätzen der materiellen Rechtskraft möglich ist, oder ob sie einfach einen Anwendungsfall allgemeiner Prozeßgrundsätze darstellt, oder gar etwas Drittes ist.

§ 4 *Entwicklung der eigenen Ansicht*

I.

A. *Wesen und Zweck der materiellen Rechtskraft.* Haben die deutschen Autoren den Sinn der Rechtskraft richtig verstanden? D. h. haben sie den Spezialfall des Rentenurteils richtig unter die Regeln der Rechtskraft subsumiert? Oder ist die Abänderbarkeit gar nicht so sehr ein Problem der Rechtskraft, liegt gar am Ende das Problem auf einer anderen Ebene? Deshalb muß hier eingesetzt werden.

Die materielle Rechtskraft ist nichts anderes, als: «*ne bis in idem*», d. h. es soll über die gleiche Sache nur ein Urteil ergehen¹. Durch eine definitive Abklärung werden sich widersprechende Urteile in verschiedenen Prozessen in bezug auf die gleiche Sache vermieden. Der Richter ist auch in späteren Prozessen an die Rechtskraft gebunden. Es dürfen keine identischen Klagen erhoben werden, die wieder das gleiche Rechtsbegehren stellen, bzw. das negieren, was im Urteil rechtskräftig ausgesprochen wurde².

⁸³ Oftinger, S. 167.

⁸⁴ BGE 44 II 153.

¹ Über die materielle Rechtskraft vgl. statt vieler: Guldener, S. 253 ff.

² Guldener, S. 254.

Was heißt aber das «idem», bzw. auf was erstreckt sich die Rechtskraft? Darf nur über den gleichen subjektiven *Anspruch* (subj. Recht) kein zweitesmal verhandelt werden, oder auch über sämtliche dem subjektiven Anspruch zugrunde liegenden *Tatsachen*? Auf diese Differenzierung gibt es nur eine Antwort: nur der gleiche subjektive Anspruch wird von der Rechtskraft erfaßt³. Bezüglich der dahinterstehenden Tatsachen ist aber zu sagen: Wenn aus den Tatsachen A und B das subjektive Recht X abgeleitet wird und später aus B und C das subjektive Recht Y, so hat sich der spätere Richter nicht an die Auffassung des ersten Richters bezüglich der gleichen Tatsache B zu halten, er kann z. B. sagen, die Tatsache B habe sich erfüllt schon zur Zeit des ersten Richterspruches, auch wenn der damalige Richter dies verneinte⁴. Das idem, bzw. ne bis in idem bezieht sich also nur auf einen ganz bestimmten Anspruch als solchen. Säuberlich davon zu trennen sind die Tatsachen als solche. Das wird so umschrieben, daß man sagt, es erwachse nur das Dispositiv nicht auch die Motive in materielle Rechtskraft⁵.

Diese Differenzierung wurde bislang zu wenig erkannt und die Dinge oft vermischt, genau so wie die Rechtskraft und die Vollstreckungsfunktion des Urteils⁶. Die eben angestrebten Überlegungen sind nur der Ausgangspunkt und Hintergrund zu Folgendem.

B. *Der Entstehungszeitpunkt der verschiedenen Ansprüche.* Nehmen wir einmal an, der Anspruch sowohl auf Kapitalabfindung als auch auf Renten entstehe schon heute⁷ in seiner Ganzheit i. S. der relativen Bestimmbarkeit. Wenn dann eine andere Entwicklung als angenommen eintritt, so kann man insofern von einem Fehlurteil reden; man sollte aber betonen, daß es sich um ein ganz speziell gelagertes Fehlurteil handelt, da bei gewöhnlichen Sachurteilen ein Fehlurteil immer ein Fehlurteil ist, hier es aber erst mit der Zeit zu einem wird.

Wenn die Billigkeitstheorie sagt, dadurch daß die Rechtskraft des Fehlurteils durch die AK beseitigt werde, könne diese andere Entwicklung durchgesetzt werden, so steckt m. E. dahinter die *F i k t i o n*, daß

³ Guldener, SJZ 46 (1950), S. 17 ff.

⁴ Vgl. auch das Beispiel bei Guldener, Lehrbuch, S. 255 Nr. 26.

⁵ Guldener, S. 253/55; vgl. Zürich ZPO § 104.

⁶ Vgl. § 2 Nr. 40.

⁷ D. h. präziser: er entsteht schon mit dem «auslösenden» Ereignis, mit dem Tatsacheneintritt selbst: z. B. mit dem Unfall und ist damit im Moment des Prozesses selbstverständlich in seiner Ganzheit vorhanden.

das nun heute durchzusetzende Recht *schon damals bestand*, aber damals nur fehl beurteilt wurde. Würde das zutreffen, so hätte diese Thorie insofern recht.

Diese Fiktion ist aber bedenklich. Kann ein subjektives Recht, welches sich auf einen heutigen Tatbestand stützt, schon früher entstanden sein? Das ist nicht gut verständlich. Damit ist jedoch noch nichts gewonnen. Wir müssen uns einmal vom Prozeßrecht abwenden und unseren Blick auf das positive materielle *Privatrecht* lenken. Auf dieses gilt es letzten Endes immer abzustellen. Das Privatrecht gibt nun in der Tat als große Ausnahme schon heute einen Anspruch, welcher sich aus einem erst zukünftigen Tatbestand ableitet⁸. Es steht aber weder ausdrücklich in der «entsprechenden Grundnorm» noch läßt sich zwingend ableiten, daß die subjektiven Ansprüche, die sich aus der andern Entwicklung ergeben, schon damals entstanden seien. Das ist nur die logische Konsequenz aus der eben genannten Ausnahmebestimmung. Doch kommt vor der Logik die positive Privatrechtsordnung selbst⁹. Dieser Entstehungszeitpunkt ist denn auch m. E. eine *rein materiell rechtliche Frage* und kann mit logischen, formalen Konstruktionen nicht beantwortet werden.

Kommt man auf Grund des Privatrechts zu dem Ergebnis, daß die hier zur Diskussion stehenden Ansprüche erst mit der anderen Entwicklung selbst eintreten, so wird dadurch die unschöne Doppelspurigkeit vermieden, daß einerseits das damals als richtig befundene (noch nicht fällige) subjektive Recht bis jetzt noch gültig war und zu Recht bestand, andererseits *damals* aber schon das heute als richtig erkannte Recht *daneben* bestand. Diese privatrechtlich äußerst unbefriedigende Doppelspurigkeit ist das Resultat der rein prozessualen Betrachtungsweise der Billigkeitstheorie. Um diese Widersprüche aufzulösen, flüchtet sie sich in Fiktionen¹⁰. Doch ist es gar nicht Aufgabe des Prozeßrechtes, eine – sogar nur vermeintliche – unzulängliche Privatrechtsordnung zu korrigieren.

⁸ So Oftinger, S. 130; das hat auf alle Fälle für Kapitalabfindung seine Geltung. Bei Renten trifft dies jedoch nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht nicht zu. Vgl. § 4 I E 1.

⁹ Daß man mit der Logik hier nicht auf rechtliche Konsequenzen schließen kann, ergibt folgende Überlegung. Schon der Umstand, daß das positive Recht für einen Schaden, der noch gar nicht eingetreten ist, subjektive Ersatzansprüche gibt, ist unlogisch. Darauf logisch zu bauen, geht m. E. nicht an. Wir können uns mit Erfolg einzig ans positive Privatrecht halten.

¹⁰ Vgl. gleich anschließend C.

C. *Kritik der Billigkeitstheorie.* Arg bedenklich ist es – und das zeigt u. a. die ganze Unhaltbarkeit der Billigkeitstheorie –, wenn gesagt wird, daß die Hypothesen als zur Zeit der Urteilsfällung eingetreten fingiert werden¹¹. Da macht m. E. das Prozeßrecht die Zukunft formell zur Vergangenheit. Solche Kunstgriffe sprengen aber den Rahmen des Prozeßrechtes, da sie im Grunde genommen materiell-rechtlicher Natur sind.

Es ist nicht recht zu begreifen, warum man bisher das ganze Problem nur als eine Frage der materiellen Rechtskraft aufgezo- gen hat¹². Warum nicht zugeben, daß die Mittel des Prozeßrechtes gar nicht ausreichen? Warum Fundamentalsätze des Prozeßrechtes auf den Kopf stellen? Es wird zugegeben, der Satz, daß das Urteil nur auf Grund der Tatsachen zur Zeit der letzten Verhandlung entscheide, sei «in gewissem Sinne» durchbrochen¹³. Ferner gilt m. E. der Satz, daß Fehlurteile in volle Rechtskraft erwachsen nur unter der Voraussetzung der *ausnahmsweisen* Fehlurteile. Bei Rentenurteilen sind aber Fehlurteile *sehr häufig*. Zudem sind es gar keine Fehlurteile i. e. S.¹⁴. Dann wird gesagt, daß die «Präklusionswirkung» des Urteils über die letzte Verhandlung hinausreicht (als «logische» Folge der obigen Fiktion m. E.)¹⁵. Damit wird aber – so scheint mir – eine ungeheure *Verschärfung* des der Rechtskraft normalerweise zukommenden Umfanges konstruiert.

Wie läßt sich solches – rein vom Prozeßrecht her – rechtfertigen? Schon Schwartz hat sehr richtig erkannt, daß die Grundsätze über die materielle Rechtskraft nur restriktiv, niemals extensiv zu interpretieren sind¹⁶. Zu Recht verweist er als Stütze dieser Ansicht auf die negative Formulierung der Rechtskraft im Code civil¹⁷. Nach meiner Meinung ist es dogmatisch unbefriedigend, die Rechtskraft *ausnahmsweise* – gegenüber allen übrigen Urteilen – grundsätzlich absolut zu

¹¹ Voigt, S. 23.

¹² Vgl. aber immerhin schon Schwartz, S. 96; § 2 II 2.

¹³ Voigt, S. 23; er gibt dies alles zu – als Vertreter der Billigkeitstheorie.

¹⁴ Vgl. oben § 4 I B.

¹⁵ Voigt, S. 23.

¹⁶ Schwartz, S. 84/85.

¹⁷ C c 1351: «L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.» Vgl. Zürich ZPO § 104.

verschärfen, um dann nachher von dieser ja nur konstruierten – positiv-rechtlich nirgends verankerten – Ausnahme – eine Ausnahme zu machen. Die *Ausnahme* von der *Ausnahme*!

D. *Die Abänderungsklage als Ergänzung bzw. Korrektur einer unzulänglichen privatrechtlichen Ordnung.* Die ganze Unzulänglichkeit der prozessualen Konstruktionen beruht m. E. darauf, daß das *Privatrecht* selbst, d. h. die «entsprechende Grundnorm» o h n e die Abänderungsklage, *unzulänglich* ist.

Folgende negative Überlegung soll uns helfen. Es könnte doch sehr wohl sein, daß das positive Recht eine andere Entwicklung gar nicht berücksichtigt wissen will, wie das ja bei der Kapitalabfindung der Fall ist¹⁸! Diese Frage hat aber niemand anders als das positive materielle *Privatrecht* selbst zu entscheiden. Aber nicht nur diese grundsätzliche Frage, sondern darüber hinaus – im Falle ihrer Bejahung –, wie weit diese andere Entwicklung zu berücksichtigen ist. Das führt noch zu einer anderen Überlegung. Aus dem Erfordernis der w e s e n t l i c h e n Veränderung und der N i c h t - R ü c k w i r k u n g fließen subjektive, materielle Privatrechte, welche sich nicht schon aus der entsprechenden Grundnorm ergeben¹⁹. Es wäre nun schon eigenartig, wenn über das Grundsätzliche das Prozeßrecht zu befinden hätte, über die inhaltliche Ausgestaltung nur jedoch das Privatrecht.

Nun aber wieder zu jenen Ansprüchen, die sich aus dem anders als angenommenen entwickelnden Zukunftsverlauf ergeben, bzw. deren Entstehungszeitpunkt.

Gehen wir von einem konkreten Beispiel aus. ZGB 328. Dieser Artikel statuiert die Verwandtenunterstützungspflicht. Zu dieser «entsprechenden Grundnorm» fehlt im ZGB eigenartigerweise die AK. Können deshalb Urteile, welche die Verwandtenunterstützungspflicht regeln, nicht abgeändert werden? Das sollte man eigentlich meinen, wenn die Billigkeitstheorie recht hätte. Oder aber der Richter müßte als Rechtsetzender in A n a l o g i e zu den übrigen Fällen eine AK in die Lücke einsetzen. Dies geschieht sonderbarer Weise nicht und *dennoch* sind die Urteile aus ZGB 328 f. *abänderbar*. Das muß einigermmaßen überrra-

¹⁸ Vgl. aber unten die verfehlte Ansicht, auch Kapitalabfindung sei abänderbar. § 4 I E 2. Die Auseinandersetzung über diese verfehlte Ansicht zeigt erst recht deutlich, wie privatrechtlich die ganze Frage ist.

¹⁹ Vgl. näher und präziser: § 4 II B.

schen, zumal ja auch in der schweizerischen Literatur und Praxis die herrschende Vorstellung über das Wesen der AK übernommen wurde²¹.

Sehen wir einmal, wie die Anänderbarkeit b e g r ü n d e t wird! So steht im Kommentar Egger ²² ungefähr wörtlich Folgendes: Der Anspruch ist *seiner Natur nach stets veränderlich*. Auch der Richter kann ihn nicht auf die Dauer festlegen. Die gerichtliche Fixierung steht unter der *clausula rebus sic stantibus*. Die Festsetzung gilt nur, solange die maßgebenden Verhältnisse keine wesentliche Veränderung erheischen. Diese Anpassung an die veränderten Verhältnisse ist *in der Natur des Anspruches begründet*; sie kann deshalb von beiden Seiten her a u c h o h n e b e s o n d e r e g e s e t z l i c h e A n e r k e n n u n g (wie ZGB 153/2; 157; 320) verlangt werden. (Auch ohne speziellen Rektifikationsvorbehalt²³ im Urteil.)

Genau gleiches wird auch in BGE 39 II 21 ausgesagt: «Cette question est dominée par le fait qu'une décision judiciaire accordant des aliments est, *de sa nature, relative et provisoire*.» «... tout peut être remis en question^{23a}.»

Hier muß eingesetzt werden! Wieso sollen ausgerechnet die Verwandtenunterstützungsrenten auch ohne AK abänderbar sein, die Alimente an das außereheliche Kind (ZGB 319), die Bedürftigkeitsrenten (ZGB 152) usw. aber nicht? Das kann mir nicht einleuchten. Warum soll es sich nur bei Urteilen aus ZGB 328 um eine «bloß grundsätzliche Verurteilung» handeln, die nicht in «absolute», sondern nur in «relative Rechtskraft» erwächst?²⁴ – auf die der Richter jederzeit aufs neue zurückkommen kann – ohne AK!!

Nach meiner Meinung sind aber die Fälle der Renten aus ZGB 328 sowie alle übrigen genau gleich gelagert. Genau so bei Verwandtenunterstützung, wie z. B. bei Bedürftigkeitsrente errichtet der Richter eine Zukunftsprognose als Urteilsgrundlage. Bei beiden kann er z. B. in gleicher Weise feststellen, daß ein zur Zeit des Urteils bestehender

²¹ Vgl. § 2 Nr. 1.

²² Kommentar Egger, Art. 320 Nr. 45.

²³ Über diesen vgl. II. Teil, § 9.

^{23a} Vgl. BIZR 12 Nr. 91; Planiol I Nr. 1696.

²⁴ Diese Terminologie findet sich in SJZ 16, S. 109ff. Doch kann der Begriff *relative* Rechtskraft nicht übernommen werden. Untersucht man die Auswirkungen der Abänderungsnorm auf die Rechtskraft des ersten Urteils, so muß man viel eher von einer Verschärfung der Rechtskraft reden. Vgl. § 4 II B; in BIZR 12 Nr. 91 findet man den Ausdruck: «beschränkte» Rechtskraft; so auch Sträuli, S. 193 und BGE 24 II 431.

Grad von Bedürftigkeit einerseits, von Zahlungsfähigkeit andererseits auch in Zukunft genau gleich fortbestehen wird (z. B. bis zum 65. Jahre des Pflichtigen, wo er ja voraussichtlich zu arbeiten aufhört.) Wenn wir die oben zitierten Ansichten verwerten wollen, so können wir daraus nur den einen Schluß ziehen, daß nach Egger, Bundesgericht usw. wenigstens bei Verwandtenunterstützungsrente die «Ansprüche aus der anderen Entwicklung» erst mit dieser selbst eintreten und zur Zeit des Urteils noch nicht bestanden haben. Hätten sie nämlich damals schon bestanden, so würde es sich in der Tat um identische Ansprüche handeln und es bedürfte einer speziellen AK i. S. der Billigkeitstheorie. Da die AK hier aber nicht nötig sei, so kann das nur so verstanden werden, daß eben die (neuen) Ansprüche mit der wesentlichen Veränderung selbst entstehen. Daß das aber nur bei ZGB 328 der Fall sein soll, ist schlechterdings unverständlich. Genau so könnte man bei ZGB 152, 156, 319 und OR 46/1 argumentieren.

Betrachten wir OR 46/1: «Körperverletzung gibt dem Verletzten Anspruch auf Ersatz der Kosten, sowie auf Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit . . .» Diese Norm ist so neutral formuliert, daß man daraus – privatrechtlich gesehen – ohne ihr Gewalt anzutun, folgendes ableiten kann: Ist zunächst die Arbeitsunfähigkeit nur eine teilweise, so fließt aus ihr daraus ein entsprechender Ersatzanspruch, wird sie aber mit der Zeit zu einer ganzen, so entspringt ihr in diesem Moment ein entsprechend höherer Ersatzanspruch. Genau so wie bei größerer Bedürftigkeit aus ZGB 328/329 in diesem Augenblick auch ein größerer Anspruch entsteht. Zudem ist keine unterschiedliche Formulierung zwischen OR 46/1 und ZGB 328/329 in dem Sinne zu beobachten, daß sich ein verschiedener Entstehungszeitpunkt jener fraglichen Ansprüche aufdrängen würde²⁵.

Da aber einerseits die «entsprechenden Grundnormen» neutral sind und andererseits privatrechtlich gedacht – und das sollte den Ausschlag geben –, die Entstehung des fraglichen Anspruches im Moment des Tatsacheintrittes bedeutend mehr befriedigt²⁶, so ist für die Billig-

²⁵ ZGB 328: «Blutsverwandte . . . sind gegenseitig verpflichtet, einander zu unterstützen, sobald sie ohne diesen Beistand in Not geraten würden.»

ZGB 329/1: «Der Anspruch . . . geht auf die Leistung, die zum Lebensunterhalt des Bedürftigen erforderlich und den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen ist.»

²⁶ Vgl. über die Doppelspurigkeit, welche dadurch vermieden wird: § 4 I B. Warum auch da Ausnahmen zu machen, wo der Normalfall der Entstehung subjektiver Rechte mit dem Tatsacheintritt selbst mehr befriedigt und gefällt?

keitstheorie kein Raum mehr. Denn wenn nach dem Urteil, d. h. nachträglich neue, nicht-identische Ansprüche entstehen²⁷, ^{27a}, so kann auch vom Prozeßrecht her zu deren Durchsetzung kein Hindernis bestehen. Sollte es aber in der Tat doch so sein, daß das *P r i v a t r e c h t* jene fraglichen Ansprüche schon als im Moment des ersten Urteils eingetreten *f i n g i e r t* wissen will, so ist deren Nichtdurchsetzbarkeit gar nicht so sehr ein Fehler des Prozeßrechtes, sondern viel eher eine Unzulänglichkeit der privatrechtlichen Ordnung selbst; die AK gar nicht so sehr eine Billigkeitsausnahme von der Rechtskraft, sondern viel eher die *Korrektur einer unzulänglichen privatrechtlichen Ordnung*. Nach meiner Meinung drängt sich diese Version aber nicht auf. M. E. sollte man aber insofern von einer Korrektur einer unzulänglichen Privatrechtsordnung reden, als es die Frage zu lösen gilt, *w i e w e i t* diese nachträgliche andere Entwicklung zu berücksichtigen ist.

Noch ein paar Worte zu jenen neuen, nicht-identischen Ansprüchen. Wie kommt z. B. Oppermann dazu, von «*eadem res*» zu sprechen²⁸ und warum behauptet Voigt, es handle sich um den «gleichen prozessualen Anspruch»²⁹. Die Frage wird – so scheint mir – vom falschen Ende aus angepackt. Man fragt nicht: läßt das Privatrecht nachträglich noch neue Ansprüche entstehen? Sondern: um was für Tatsachen handelt es sich prozessual gesehen? So wird im Grunde gar nicht zur Kernfrage vorgedrungen, sondern eine untaugliche Ebene zum Tummelplatz von Konstruktionen und Fiktionen gemacht. «Da der Richter eine bestimmte Entwicklung als feststehend angenommen hat, so muß demgegenüber eine andere Entwicklung die gleiche Beurteilung erfahren, *w i e w e n n* (!) der Richter eine *T a t s a c h e* (!) der Vergangenheit

²⁷ Wie schon die Bestätigungstheorie erkannte, allerdings rein vom Prozeßrecht her, indem sie sagt, es sei unmöglich, daß sich die Rechtskraft auf zukünftige *T a t s a c h e n* erstreckt. Vgl. aber § 4 I D a. E.

^{27a} Auf der andern Seite, z. B. bei Besserung des Zustandes eines vermindert Arbeitsfähigen, gehen *b e r e i t s* bestehende Rechte in diesem Augenblick *u n t e r*. Auch hier würde der andere Zeitpunkt zur gleichen Doppelspurigkeit führen. Ob es sich bei Renten aber tatsächlich um bereits bestehende Rechte handelt, wird unter E I behandelt werden. Würden die einzelnen Ratenansprüche noch gar nicht zur Zeit des ersten Urteils bestehen, dann müßte man nicht so unschön von einem Untergang (!) bereits bestehender subjektiver Rechte reden, sondern davon, daß die einzelnen Renten *n i c h t i n d e r i m U r t e i l v o r a u s g e s c h a u t e n H ö h e e n t s t e h e n*.

²⁸ Oppermann, S. 450.

²⁹ S. 24.

fälschlich angenommen hat³⁰.» Diese Behauptung läßt sich aber nur durch die Fiktion halten, daß die Zukunft bereits eingetreten sei. Heute hat aber die Juristerei an Fiktionen nicht mehr dieselbe Freude wie früher und es besteht allgemein die Tendenz, solche nach Möglichkeit aufzulösen. Die Tatsachen sind m. E. nur rein formell insofern alte, als bereits darüber einmal verhandelt wurde. Und zudem: wie viele Tatsachen werden eintreten, an die man damals noch nicht im Entferntesten dachte. Materiell aber sind Tatsachen, die erst nachträglich eintreten, immer neue, während es sich bei gewöhnlichen Sachurteilen auch materiell immer um alte Tatsachen handelt.

Über den Tatsachen steht aber der Anspruch, wie wir eingangs dieses Paragraphen aus der modernen, differenzierenden Dogmatik lernten. Würde der fragliche Anspruch auf Grund der andern Entwicklung nach dem Privatrecht schon damals eingetreten sein, dann müßte die eben gemachte Aussage aber auch gelten. Dann hätte paradoxerweise die Billigkeitstheorie in gewissem Sinne recht – wie bereits notiert, nicht aber die Bestätigungstheorie. Diese befindet sich ebenfalls streng genommen in einem Irrtum, da auch sie nur von den Tatsachen ausgeht und in der Tat meint, aus der Neuheit der Tatsachen auf die Neuheit des Anspruches selbst schließen zu können. Dieser Schluß wäre auch bei sämtlichen übrigen als unseren Urteilen sehr richtig, nicht aber ohne weiteres hier. Das zeigt, wie heikel die ganze Problematik der in dieser Arbeit behandelten Urteilsarten ist, daß man vom Prozeßrecht her so oder so in einen *circulus vitiosus* kommt. Deshalb wird in der vorliegenden Arbeit ja auch versucht, die Frage vom Privatrecht her zu beleuchten.

E. Unter B. nahmen wir an, daß das subjektive Recht sowohl auf Kapitalabfindung, als auch auf Rente schon mit den «auslösenden» Tatsachen entsteht, daß also der Eintritt der übrigen, mitbestimmenden – aber erst zukünftigen – Tatsachen nicht abgewartet werden muß. Wenn aber bei Rentenurteilen eine andere Entwicklung als angenommen eintrete, so entstehe ein neues subjektives Recht. In diesem Zusammenhang harren zwei Fragen der Abklärung: Entsteht auch bei Kapitalabfindung durch eine andere Entwicklung ein neues subjektives Recht? Auch müssen wir uns fragen, ob bei Renten – im Gegensatz zur Kapitalabfindung – das subjektive Recht (auf sämtliche Einzelraten) nicht schon im Moment des Eintrittes der «auslösenden» Tatsachen,

³⁰ Voigt, S. 24.

sondern erst später entsteht. Sind es nicht subjektive Rechte auf die einzelnen Raten der Rente, welche erst später im jeweiligen Moment des effektiven Eintrittes der «übrigen» Tatsachen entstehen?

1. *Rente*. In der prozeßrechtlichen Literatur hat man sich, soviel ich sehe, wenig darüber den Kopf zerbrochen, wann eigentlich das subjektive Recht auf die einzelne Rate entsteht. Man nimmt einfach an, das subjektive Recht auf die Rente schlechthin – auch wenn sich die Zukunft anders als angenommen entwickelt !! – bestehe schon von Anfang an, die einzelnen Raten seien aber noch nicht fällig³¹. Doch haben sich auch die Privatrechtler mit der Frage des Entstehungszeitpunktes auseinandergesetzt, und zwar von der Verjährung her. Ferner spielt der Entstehungszeitpunkt auch im Konkurs eine bedeutsame Rolle. Hier sei aber auf die beiden zuletzt genannten Punkte noch nicht eingegangen, sie werden im II. Teil, § 8 III B noch näher an Ort und Stelle, bzw. bei Vorhandensein der notwendigen vorgängigen Ausführungen, die hier zu sehr in die Breite führen würden, behandelt werden. – Im Kommentar Gaupp-Stein steht ein interessanter Satz, aus dem es nun hier die Konsequenzen zu ziehen gilt:

«Der Gedanke des Gesetzes ist, daß gerade Forderungen dieser Art, namentlich Unterhaltsforderungen, nicht als einmalige abgeschlossene Wirkung eines Tatbestandes zur Entstehung gelangen, *sondern sich fortdauernd in jedem Augenblick neu erzeugen*, und deshalb die Fortdauer der den Anspruch begründenden Tatsachen voraussetzt . . .³²» Diese Formulierung ist nicht ganz eindeutig, doch scheint mir, daß auch hier angenommen wird, der Anspruch sei schon als ganzer eingetreten, er hänge aber von der Fortdauer z. B. der Bedürftigkeit des einen und der Zahlungsfähigkeit des andern im gleichen Umfange ab. (Beim Unterhaltsanspruch.) Oder wollte gesagt werden, daß der Anspruch als ganzer noch gar nicht entstanden sei, die einzelnen Rentenrechte noch gar nicht da sind? Dem müßte zugestimmt werden. M. E. entspringt in jedem Augenblick der diesem Augenblick in Hin-

³¹ Ausdrücklich formuliert findet sich diese Meinung bei Rosenberg, S. 703: «... und zwar nicht, weil er (gemeint ist der subjektive Anspruch) neuerdings untergegangen oder gehemmt, sondern weil er von Anfang an für diese Zeit anders entstanden sei und bestehe, als das erste Urteil ergebe.»

³² Gaupp-Stein, § 323 I; im heutigen Kommentar Stein-Jonas ist an derselben Stelle inhaltlich das Gleiche ausgesagt, außer von: «... und deshalb» an: dieser Nachsatz findet sich nicht mehr.

Vgl. auch BGE 39 II 19; Egger, Art. 328 Nr. 45.

sicht auf die objektive Norm entsprechende Anspruch. Der dem jetzigen Augenblick entsprechende Anspruch ist bereits entstanden, der einem späteren entsprechende aber noch nicht, er entsteht erst mit dem Eintritt dieses Augenblickes selbst^{32a}.

Das Ideal wäre, daß in jedem Augenblick ein diesem entsprechendes Urteil erginge. Das ist natürlich praktisch absolut unmöglich. Schon eher diskutabel wären *nachträgliche* Urteile für die Zeit z. B. für ein verflossenes Halbjahr. Dann hätte man es auch mit subjektiven Ansprüchen zu tun, welche sich wie bei gewöhnlichen Sachurteilen in der Vergangenheit bereits erfüllt haben.

Im Grunde scheinen es mir reine *Zweckmäßigkeitsüberlegungen* zu sein, welche dazu führten, schon heute ein *Urteil* ergehen zu lassen über subjektive Rechte, die heute m. E. noch gar nicht bestehen. Das ist eine Erscheinung *sui generis*³³. Die Überleitung zu den gewöhnlichen Sachurteilen bildet die Kapitalabfindung, denn dort ist das subjektive Recht (in seiner Ganzheit) zwar heute schon entstanden, es basiert aber zu einem wesentlichen Teil erst auf *zukünftigen Tatsachen*.

Folgendes Resultat ergibt sich. Wenn schon das subjektive Recht auf die einzelne Rente nicht schon mit dem Urteil, sondern erst nachträglich, d. h. wenn die vorausgesehenen Tatsachen auch wirklich eintreten, entstehen, dann müssen *erst recht* diejenigen subjektiven Ansprüche, welche aus einer andern als der angenommenen Entwicklung fließen, erst in jenem Moment – also als *neue* – entstehen.

Nehmen wir einmal an, die tatsächliche Entwicklung stimme mit der Prognose überein. Dann entspricht das in einem bestimmten Moment entstehende Recht genau dem im Urteil vorausgeschauten. Da aber ein neuer Anspruch vorliegt, würde die Rechtskraft an sich – d. h. nur nach der entsprechenden Grundnorm geurteilt – nicht entgegenstehen, diesen Anspruch in einem neuen Prozeß in Frage zu stellen, auch ohne die geringste Veränderung gegenüber der Prognose zu behaupten.

Dies, weil sich die Rechtskraft ja nur auf die Identität des *Anspruches* bezieht und über *neue* Ansprüche nach den allgemeinen

^{32a} Dies gilt zumindest bei Unterhaltsrenten (vgl. z. B. RG 87, 84 und § 8 III B), aber auch m. E. bei Renten aus Körperverletzung, d. h. auch bei Schadenersatz. (Vgl. dazu v. Tuhr, OR allg. Teil, S. 84 Nr. 30; näher darüber und weitere Literatur vgl. II. Teil § 8 III B.)

³³ Vgl. immerhin Bund/ZPO 74/2, woraus hervorgeht, daß Urteile auch über zukünftige, von einer Bedingung abhängige Ansprüche ergehen können.

Regeln immer prozessiert werden kann. In unserem speziellen Falle wäre das aber ein Unding. Und in der Tat ist einem solchen Ansinnen ein Riegel geschoben, weil nämlich die Abänderungsnorm selbst die Rechtskraft des ersten Rentenurteils *verschärft*, so daß auf jene noch nicht einmal entstandenen Ansprüche bei Bewahrheitung der Prognose, bzw. un-wesentlicher Abweichung davon, nicht zurückgekommen werden kann³⁴. Man muß also mindestens eine Veränderung gegenüber der Prognose behaupten, damit der Richter auf die Klage eingeht. Zudem muß die Veränderung dem Richter als eine wesentliche erscheinen.

2. Kapitalabfindung. Wie schon mehrmals ausgeführt, entsteht hier der Anspruch schon vollumfänglich mit den «auslösenden» Tatsachen. Da er ja mit dem Urteil fällig wird, muß er auch bereits entstanden sein³⁵. Allerdings nur im Sinne der relativen Bestimmtheit. Wie steht es aber bezüglich der «falschen» Prognose? Fließen da nachträglich auch neue Rechte aus der Grundnorm? Auf diese Frage gibt die entsprechende Grundnorm als solche keine Antwort, zumindest kein zwingendes Nein, viel eher müßte man, nur die betreffende Norm als solche betrachtet, ein grundsätzliches Ja annehmen. Die Regelung der Grundnorm ist in dieser Hinsicht unvollkommen, *unzulänglich*.

Zwar entspricht die Endgültigkeit der Kapitalabfindung bzw. der Verzicht auf weitere Rechte dem Wesen der Kapitalabfindung. Doch muß dies positivrechtlich irgendwie zum Ausdruck kommen. Diese Aufgabe erfüllt die Abänderungsnorm, nicht die entsprechende Grundnorm. Auch hier ist es einmal mehr die Abänderungsnorm selbst, welche Licht in das Dunkel bringt. Sie schließt m. E. die Abänderung von Kapitalabfindungen zwingend aus. Damit – und erst damit – ist die Antwort auf die fraglichen Ansprüche gegeben. Bei Kapitalabfindung läßt die Abänderungsnorm aus der entsprechenden Grundnorm überhaupt keine Ansprüche mehr entstehen (aber auch nicht bestehende untergehen). Die Abänderungsnorm ist nicht nur insofern eine Korrektur des Privatrechts, indem sie nur unwesentliche Veränderungen nicht berücksichtigt wissen will, sondern indem sie *jede* Änderung gegenüber der Prognose als irrelevant erklärt. Das ergibt sich zwingend aus dem Wortlaut der

³⁴ Vgl. § 4 II B.

³⁵ Wird die Kapitalabfindung in *Raten* abgezahlt, so ändert das nichts daran, Vgl. Egger, Art. 153 Nr. 3, Baumbach-Lauterbach, § 323 2 B; Stein-Jonas, § 323 II 1.

Abänderungsnorm³⁶. Durch die klare und eindeutige Formulierung von Absatz 1/§ 323 dZPO: «künftig fällig werdende *wiederkehrende* Leistungen» muß aus *argumentum e contrario* der Ausschluß der Abänderungsklage bei Kapitalabfindung gefolgert werden. Zwar haben nicht wenige deutsche Autoren versucht, wegen Gleichheit des Grundes die Abänderungsklage auch auf den Tatbestand der Kapitalabfindung auszudehnen³⁷.

Im *schweizerischen* Recht gilt ebenfalls die Unabänderlichkeit von Kapitalabfindungen. Allerdings ergeben sich bei OR 46 gewisse Zweifel. Doch vergleiche im Einzelnen den zweiten Teil³⁸.

Die Ansicht, die Abänderungsklage auch auf die Kapitalabfindungen ausdehnen zu wollen, ist in verschiedener Hinsicht zu verwerfen. Es widerspricht dem Wesen der Kapitalabfindung, vor allem aber dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes. Ein Zurückkommen auf solche Urteile wäre äußerst gefährlich. Sehr oft kommt es vor, daß die erhaltene Aversalsumme zum Aufbau eines Geschäftes usw. verwendet wird. Wenn nun nachträglich wieder Teile dieser Summe zurückgefordert werden könnten, so hieße das jene Möglichkeiten untergraben.

Bei Kapitalabfindung wird durch die eine Klage der Anspruch bezüglich eines bestimmten Falles konsumiert.

F. *Ergebnis*. Zunächst: es scheint mir zu wenig beachtet worden zu sein, daß die in dieser Arbeit zur Diskussion stehenden Urteile im Gegensatz zu sämtlichen gewöhnlichen Sachurteilen schon der Idee nach nur relativ im Sinne der praktischen Bestimmbarkeit bestimmt sind. Dies ergibt sich aus der Natur der in Frage stehenden Ansprüche. Doch läßt man es – wenigstens bei Renten – nicht bei dieser nur relativen Bestimmbarkeit bewenden. Der Anspruch bezüglich eines bestimmten Rentenfalles ist durch die erste Klage nicht konsumiert oder für alle Ewigkeit festgenagelt. Daß wenigstens bei Renten durch eine anders als

³⁶ Im schweizerischen Recht wird der Wortlaut, welcher z. B. bei ZGB 153 nur von «Renten» spricht, noch durch die Systematik des Gesetzes bekräftigt.

³⁷ Rosenberg, S. 702 b); Voigt, S. 41; Pliester, S. 27; Baumbach-Lauterbach, § 323 5 B: «weil da dieselben Erwägungen Platz greifen.» Diese Aussage zeigt einmal mehr, wie verfehlt die Billigkeitstheorie ist: in der Tat greifen die selben Überlegungen bei der Kapitalabfindung Platz wie bei den Renten – prozessual nur betrachtet, nicht im geringsten aber privatrechtlich, was den Ausschlag geben muß.

Gegen die Anwendung der AK auf die Kapitalabfindung sprechen sich aus: Stein-Jonas, § 323 II 1; Schönke, S. 302; Nikisch, S. 422.

³⁸ II. Teil, § 9.

angenommen verlaufende Entwicklung neue Rechte fließen, läßt sich ohne weiteres mit der entsprechenden Grundnorm in Einklang bringen – zumindest ergibt sich nicht zwingend, daß die fraglichen Ansprüche schon als zur Zeit des ersten Urteils entstanden zu gelten hätten. Dies erst recht, da ja die einzelnen Rentenansprüche selbst zur Zeit des ersten Urteils noch gar nicht bestehen. Bei unvorhergesehener Besserung z. B. des Zustandes eines Verletzten gilt es noch die Lage der Dinge zu untersuchen. Hier entstehen die einzelnen Rentenansprüche (wenigstens frühestens von der Klage an) nicht in der im Urteil vorausgeschauten Höhe, sondern in kleinerem Umfange.

Damit ist das Problem aber noch nicht gelöst, denn es frägt sich, in welchem Umfange die neuen, bzw. gar nicht entstehenden Ansprüche durchzusetzen bzw. zu behandeln sind. Ferner, ob diese Ansprüche nicht etwa auch bei der Kapitalabfindung zu berücksichtigen sind. Darin liegt speziell die Unzulänglichkeit der entsprechenden Grundnorm.

Mir scheint es, daß es nicht das Prozeßrecht sein kann, welches die Antworten auf all diese Fragen zu geben hat, sondern das materielle Privatrecht selbst. Das Prozeßrecht ist ja begrifflich zur Durchsetzung und nicht zur Korrektur des Privatrechtes da.

Dem Mangel der entsprechenden Grundnorm begegnet das Privatrecht selbst, es ergänzt und korrigiert jene Norm, indem es ihr eine weitere Norm, nämlich die Abänderungsnorm zur Seite stellt, so daß jene Normen zusammen eine organische Einheit bilden. Deshalb scheint es mir sehr richtig, daß der *schweizerische* Gesetzgeber (und auch der französische) im Gegensatz zum deutschen, die Abänderungsnorm *ins Privatrecht verwiesen* hat³⁹. Im schweizerischen Recht ist es so, daß jeder entsprechenden Grundnorm die Abänderungsnorm angegliedert ist⁴⁰. Wie berechtigt es ist, in diesem Zusammenhange von einer organischen Einheit zu reden, wird z. B. durch die Tatsache bekräftigt, daß gewisse Renten nur herabsetzbar sind. (ZGB 153/2.) Dies ergibt sich aus der Abänderungsnorm und nur aus dieser, während man solches aus der Grundnorm allein nicht ableiten könnte⁴¹.

³⁹ Auch im BGB-Entwurf waren die einzelnen Abänderungsnormen mit den entsprechenden Grundnormen im Privatrecht selbst. Doch als man dann die Form der Generalklausel wählte, überführte man diese in die dZPO. Vielleicht deshalb m. E., weil man nicht wußte, wo diese im BGB unterzubringen wäre.

⁴⁰ ZGB 152 plus 153; 156 plus 157; 319 plus 320; OR 46/1 plus 46/2.

⁴¹ Vgl. II. Teil, § 8.

So wird der Mangel der ersten Norm (entsprechende Grundnorm) durch die zweite Norm (Abänderungsnorm) behoben. Durch das Zurückkommen auf das erste Urteil wird auch der Mangel der nur relativen Bestimmbarkeit des Anspruches aus der entsprechenden Grundnorm wenigstens bei Renten weitgehend egalisiert. So kann das Rentenurteil als nur grundsätzlich, provisorisch bezeichnet werden⁴². Das ist selbstverständlich, befindet es doch über Ansprüche, die nach der hier vertretenen Ansicht überhaupt noch gar nicht entstanden sind und sie jederzeit anders entstehen können, als angenommen wurde. Das Kapi-abfindungsurteil ist hingegen endgültig.

Wenn vorhin gesagt wurde, daß der Mangel der nur relativen Bestimmbarkeit bei Renten egalisiert werde, so gilt das nicht absolut, und das ist gerade einer der wichtigsten Aspekte der Abänderungsnorm⁴³. Untersucht man die Auswirkungen dieser privatrechtlichen Korrektur auf die Rechtskraft des ersten Urteils, so kommt man m. E. zur Feststellung, daß dessen Rechtskraft durch die Abänderungsnorm verschärft wird⁴⁴.

G. (*Anhang*) In SJZ 16, S. 110 ist zu lesen, daß bei ZGB 328 f. deshalb keine Abänderungsnorm zu finden sei, da dort auch nicht von einem Urteil die Rede sei, im Gegensatz zu ZGB 157 und 320. Es wird hier also auf ein rein *äußeres Moment* abgestellt. Einerseits würde das m. E. heißen, daß die AK keine Billigkeitsausnahme von der Rechtskraft ist, denn sonst könnten solche Urteile nach der Billigkeitstheorie, da in der Schweiz keine Generalklausel i. S. § 323 dZPO vorliegt, nicht abgeändert werden. Andererseits wird aber übersehen, daß in ZGB 157 und 320 die Abänderungsnorm nicht einfach deshalb, weil dort auch vom Urteil die Rede ist, statuiert wurde, sondern weil der Gesetzgeber ganz bestimmte *Voraussetzungen*: wesentliche Veränderung und ferner die Nicht-Rückwirkung und den Klageweg (nicht das Rechtsöffnungsverfahren) normiert haben wollte. Die Nicht-Rückwirkung hat er zwar nicht ausdrücklich erwähnt. (Vgl. § 5 II b).

Es kann m. E. sehr wohl zutreffen, daß es so eine oberflächliche, äußere Zufälligkeit war, welche die AK bei ZGB 328 nicht zur Normierung brachte. Die *Begründung*, weshalb bei ZGB 157 und 320 die AK normiert wurde, ist natürlich zu summarisch und ober-

⁴² Vgl. oben § 4 I D.

⁴³ Vgl. § 4 II B.

⁴⁴ Vgl. § 4 II B.

flächlich. Immerhin insofern gesagt wird, daß wieder durch den *Richter* abgeändert werden soll, sehr richtig. Vgl. § 4 II D.

Vgl. auch § 5 I b 4.

II. Sinn und Zweck der Abänderungsnorm

A. «*Wesentliche Veränderung*» und *Nicht-Rückwirkung*. Die Rente (sei sie nun eine gestaffelte oder nicht) stellt einen Durchschnittswert dar, welcher – neben den voraussehbaren Veränderungen – gewisse Schwankungen berücksichtigt. Wenn aber darüber hinaus (!) die tatsächliche Entwicklung anders als die Prognose verläuft, so kann es nicht angehen, daß schon wegen der kleinsten, nicht bereits schon kalkulierten Abweichungen einfach eine neue Klage erhoben wird. Zwar läßt nach der «entsprechenden Grundnorm» schon eine kleine Abweichung ein neues (kleines) subjektives Recht (bzw. Pflicht) entstehen bzw. untergehen. Diese quantitativ kleinen subjektiven Rechte lassen sich aber aus praktischen Gründen nicht durchsetzen, sonst käme es nämlich zu ständigem Prozessieren, was der Rechtssicherheit abträglich wäre. Es muß also ausnahmsweise der Satz gelten: *minima non curat praetor*¹. Das hat dazu geführt, daß die Abänderungsnorm das Requisite der «wesentlichen Veränderung» aufstellt.

a) Die Voraussetzungen für eine neue Klage werden verschärft in dem Sinne, daß nur wesentliche Veränderungen (vgl. § 5) d. h. wesentliche Abweichungen gegenüber der Prognose zur Klage berechtigen.

b) Ferner ist die Abänderung *nicht rückwirkend* (vgl. § 5), d. h. die neuen Tatsachen erhalten ihre rechtliche Wirkung nicht schon im Moment ihres Eintrittes, sondern sie werden erst frühestens von der Klageerhebung an berücksichtigt. Präziser: die neuen Ansprüche, welche die «entsprechende Grundnorm» vom Moment des Eintrittes der Veränderung bis zur Klageerhebung grundsätzlich entstehen lassen würde, werden durch die Abänderungsnorm zu undurchsetzbaren Rechten. Warum dies? Erstens ist es schwer, den Eintritt der «wesentlichen Veränderung» genau zu bestimmen². Zweitens sollen sich die Parteien wenigstens bis

¹ Hellwig, S. 812.

² Vgl. Schwartz, S. 91; Stein-Jonas spricht allerdings nur von «angeblichen» Schwierigkeiten: § 323 III 1; wenn die wesentliche Veränderung durch ein einmaliges Ereignis erfolgt – z. B. der auf eine Bedürftigkeitsrente Berechtigte gewinnt das große Los –, dann ist m. E. in der Tat der Eintritt genau feststellbar. Doch dürfte dies die Ausnahme sein. In der Regel erfolgt die Veränderung relativ langsam und kontinuierlich – z. B. Besserung des Gesundheitszustandes –, und

zu dem Moment, wo sie von der Klageerhebung des andern Kenntnis erlangt haben, auf die Vollstreckungsfunktion des ersten Urteils verlassen können und sich darnach einrichten³.

Das unter b) Gesagte hat aber nur für Ersatzrenten Bedeutung, denn die Unterhaltsansprüche haben ihrem Wesen nach schon keine Rückwirkung^{4, 5}. Einerseits ist die Elimination von Rück- und Nachzahlungen als unschöne Lösungen zu begrüßen, andererseits darf nicht vergessen werden, daß dadurch u. U. eine beachtliche Diskrepanz gegenüber dem Anspruch, welcher aus der «entsprechenden Grundnorm» als solcher fließen würde, entstehen kann⁶.

«Modifizierende Norm»

B. Die Abänderungsnorm als Entstehungs- bzw. Untergangsgrund subjektiver Rechte. Verschärfung der Rechtskraft des ersten Urteils. Wir haben unter I. festgestellt, daß die Abänderungsnorm zusammen mit der entsprechenden Grundnorm eine organische Einheit bildet, daß sie «weitgehend» eine privatrechtliche sei^{6a}. Die Abänderungsnorm hat

dann ist nicht leicht feststellbar, wann nun genau der Eintritt der Wesentlichkeit stattfand, gegenüber dem Zustand, wo die Veränderung noch unwesentlich zu nennen war: K. v. Wyß, SJZ 14, S. 70.

³ Oppermann, S. 457; K. v. Wyß, SJZ 14, S. 70.

⁴ Schwartz, S. 93; vgl. § 2 II 2.

⁵ Wenigstens was die grundsätzliche Verurteilung anbelangt, nicht in bezug auf die Betreibung bereits im Urteil fixierter Renten (vgl. § 3 B IX). Denn das würde zu Rechtsmißbrauch und zu einer Belohnung für die Nichtbezahlung führen.

So SJZ 16, S. 109 ff.

⁶ Vgl. näher anschließend B.

^{6a} Außer der Tatsache, daß Schwartz, S. 93 die Nicht-Rückwirkung des Abänderungsurteils (Abs. 3/§ 323 dZPO) einen privatrechtlichen Satz genannt hat, muß noch folgendes Erwähnung finden. In zwei Entscheiden des deutschen Reichsgerichtes ist *a u s n a h m s w e i s e* (denn sonst wird immer die prozessuale Billigkeitstheorie vertreten) auch davon die Rede, § 323 dZPO sei nicht nur verfahrensrechtlicher, sondern auch wesentlich *s a c h l i c h - r e c h t l i c h e r* Art. RG 140, 170. Das folge aus der Entstehungsgeschichte. Worin der sachlich-rechtliche Charakter besteht, wird allerdings nicht gesagt.

Schon in RG 63, 118 ff. ist zu lesen: «Vielmehr stellt sich der § 323 als eine neue materiell-rechtliche Vorschrift dar ...» Aber auch hier wird nicht gesagt, worin das Materiellrechtliche liegt. Es wird vielmehr nur wieder der Umstand erwähnt, daß § 323 einmal im BGB-Entwurf stand. M. E. handelte es sich um einen reinen Zweckentscheid, auf den wir nicht bauen wollen; denn man wollte nur ein unter Code civil vor 1900 ergehendes Urteil nicht abändern. «Als mate-

aber insofern prozessuale Aspekte, als sie auf die Eigenart und Möglichkeit des Prozeßrechtes abstellen muß. Aus der *prozessualen* Unmöglichkeit, alle unwesentlichen Veränderungen durchzusetzen, galt es die Konsequenzen zu ziehen. Diese prozessuale Unmöglichkeit beruht aber nicht auf der Rechtskraft, sondern es sind prozeßtechnische Gründe. Vgl. II A. Deshalb ging das Privatrecht einen Kompromiß ein und hat sich auf die Durchsetzung der nur wesentlichen Veränderungen bescheidet. *Das Privatrecht modifiziert die entsprechende Grundnorm in Hinsicht auf ihre prozessuale Durchsetzbarkeit.* Ich möchte die Abänderungsnorm eine «modifizierende» Norm nennen. Ähnlichkeit besteht z. B. zu den Verjährungsvorschriften. Diese modifizieren den vollen Anspruch, indem sie ihn zu einer Naturalobligation degradieren. Und dies nicht zuletzt aus prozessualen Gründen⁷. Die Verjährung ist aber dennoch kein Institut des Prozeßrechtes, sondern sie gehört dem materiellen Rechte an⁸. In den angelsächsischen Ländern wird die Verjährung zwar dem Prozeßrecht angerechnet⁹. Doch ist die europäische Konzeption entschieden vorzuziehen, ist es doch in der Tat etwas sehr Materielles, wenn man aus einer Norm den Untergang eines subjektiven Rechtes bewirken kann¹⁰. Der Untergang ist ja nichts anderes als die Kehrseite der Entstehung.

Auch unsere Abänderungsnorm ist Untergangsgrund von subjektiven Rechten, die an sich aus der entsprechenden Grundnorm fließen. Andererseits ist sie aber Entstehungsgrund subjektiver Rechte, die sich aus der entsprechenden Grundnorm *n i c h t* ergeben würden. Diese subjektiven Ansprüche gehen unter bzw. entstehen durch das Requisite der wesentlichen Veränderung in Verbindung mit demjenigen der Nicht-

riell-rechtliche Vorschrift hat aber § 323 mangels einer ausdrücklichen dahingehenden Vorschrift keine rückwirkende Kraft ...»

Zu diesem letzten Entscheid bemerkt Stein-Jonas, § 323 Nr. 48, daß das Reichsgericht hier in «bedenklicher» Unklarheit mit der materiell-rechtlichen Natur des § 323 operiere.

⁷ Vgl. von Tuhr, S. 655 (2. Bd.) u. a. Entlastung der Gerichte, Schutz des Einzelnen gegen unbillige Belästigung durch Ansprüche aus lang zurückliegender Zeit. M. E. steht dahinter die Tatsache, daß es schwer ist, nach langer Zeit die Tilgung der Forderung zu beweisen, da man ja Quittungen usw. nicht ewig aufbewahren will.

⁸ Von Tuhr, S. 655 (Bd. 2).

⁹ Schnitzer, S. 589 (Bd. 2).

¹⁰ Indem man die Einrede der Verjährung erhebt.

Rückwirkung. Dabei hängt ihr quantitativer Umfang von den Anforderungen, die die *Praxis* an die «Wesentlichkeit» stellt, ab¹¹.

Ein Beispiel. A hat gegen B einen Rentenanspruch von Fr. 100.— monatlich. Zu Beginn dieses Jahres stellt er fest, daß sein Zustand unerwarteter Weise langsam sich verschlechtert. Er wartet ab. Nach sechs Monaten geht er zum Richter. Im Januar wäre aus der entsprechenden Grundnorm eine Rente von Fr. 110.—, im Februar eine solche von 120.— usw., im Juni 160.— geflossen. Er klagt im Juli, sein Zustand wird nun konstant bleiben und der Grundnorm entspricht nun eine Rente von Fr. 160.—. Er kann aber nicht die höheren Beträge, welche von Januar bis und mit Juni aus der entsprechenden Grundnorm geflossen sind – immerhin Fr. 210.— – geltend machen. Es ist also so, daß bis und mit Juni der formelle Rechtszustand, geschaffen durch jenes erste Urteil, andauert, obschon aus der Grundnorm ein anderer materieller Rechtszustand fließen würde. In unserem Falle geht durch den formellen Rechtszustand das subjektive Recht auf Fr. 210.— unter. (Im umgekehrten Falle der unvorhergesehenen Verbesserung würden aus dem formellen Rechtszustand subjektive Rechte entstehen.)

Daß der formelle, dem materiellen widersprechende Rechtszustand bis mindestens zur Klageerhebung andauert, ist die Folge der wesentlichen Veränderung in Verbindung mit der Nicht-Rückwirkung, welche die Abänderungsnorm statuiert. Die Abänderungsnorm – will heißen das *Privatrecht* – *sanktioniert insofern den formellen Rechtszustand*, d. h. es macht ihn zum materiellrechtlichen, indem sie die entsprechende Grundnorm korrigiert, d. h. (insofern) außer Funktion setzt.

Untersucht man die Wirkungen des oben Gesagten auf die materielle Rechtskraft, so muß m. E. Folgendes gesagt werden. Zunächst zur Vollstreckungsfunktion des ersten Urteils: diese wird durch die Abänderungsnorm *verschärft*, indem das Urteil noch zu einer Zeit vollstreckbar ist, wo es nicht mehr der Grundnorm entspricht. Mutatis mutandis verschärft die Abänderungsnorm aber auch die *materielle Rechtskraft* des ersten Urteils. Erstens dadurch, daß die Ansprüche auf Grund unwesentlicher Veränderungen gar nicht durchgesetzt werden können, der Anspruch also unantastbar in einem Umfange weiter besteht, der der Grundnorm gar nicht mehr entspricht. Zweitens, indem sich die Rechtskraft auf Ansprüche bezieht, die noch gar nicht entstanden sind. Dies nur bei Renten und unter der Voraussetzung, daß die unter I. E. 1 ver-

¹¹ Vgl. Egger, Art. 328 Nr. 48; § 3 B III.

treten Ansicht richtig ist^{11a}. Drittens: bei Kapitalabfindung können auch neue Ansprüche auf Grund wesentlicher Veränderung nicht durchgesetzt werden.

Die Rechtskraft erfaßt aber bei Renten die Ansprüche, welche auf Grund wesentlicher Veränderung neu entstehen, nicht^{11b}. Dies würde (erst recht) auch ohne spezielle Abänderungsnorm der Fall sein¹².

Würde sich die Rechtskraft auch auf Tatsachen beziehen, so müßte man von einer Verschärfung reden, insofern ein wesentlicher Teil der Tatsachen erst in der Zukunft liegt. Dies geht aber nicht an, da sich die Rechtskraft ja nur auf die Ansprüche als solche bezieht.

Daß die Rechtskraft im obigen Sinne verschärft ist, ergibt sich m. E. nicht aus der entsprechenden Grundnorm als solcher, sondern aus der Abänderungsnorm. Zudem ist die Rechtskraft ja gar nicht die primäre Frage, sondern ihre Verschärfung ist nur die Folge der privatrechtlichen Korrektur der Grundnorm in Gestalt der Abänderungsnorm.

Wir haben oben ausgeführt, daß die wesentliche Veränderung *in Verbindung* mit der Nicht-Rückwirkung Entstehungs- bzw. Untergangsgrund subjektiver Rechte sei. Darüber noch einige Worte. Wäre nämlich das Requisite der Nicht-Rückwirkung nicht, so würden durch die Anforderung der wesentlichen Veränderung allein keine subjektiven Rechte entstehen bzw. untergehen. Es könnte dann einfach nicht vor einer erheblichen Veränderung *geklagt* werden, diejenigen Rechte aber, welche aus der entsprechenden Grundnorm seit der Veränderung bis zur Klagerhebung flossen, würden durch die Aufnahme von Rück- und Nachzahlungen ins Urteilsdispositiv dennoch durchgesetzt.

Bei Unterhaltsrenten ergibt sich die Nicht-Rückwirkung nicht erst aus der Abänderungsnorm, sondern schon aus dem Wesen jener Ansprüche¹³. Es ergeben sich deshalb aus der Anforderung der wesentlichen Veränderung *allein* jene subjektiven Rechte, insofern nämlich, als eben nicht vorher geklagt werden kann.

Bei Ersatzrenten ist jedoch die Ausschaltung der Nicht-Rückwirkung

^{11a} Denn sonst könnte man auch ohne Vorbringen einer Veränderung auf die Renten zurückkommen, da es ja neue Ansprüche sind.

^{11b} Außer diejenigen, welche voraussehbar waren. Vgl. § 3 B III 2 c); das ist eine weitere Verschärfung der Rechtskraft.

¹² Vgl. den Irrtum der Billigkeitstheorie diesbezüglich § 2 I 1 und § 4 I C.

¹³ Vgl. z. B. § 2 II 2.

das Wesentliche, denn das materielle Recht gewährt auch für die Vergangenheit Ersatz¹⁴.

Praktisch ist es meistens so, daß die Parteien, sobald ihnen die Veränderung nur einigermaßen wesentlich erscheint, zum Richter gehen. Doch ist das – eben – nicht immer der Fall. So muß gesagt werden, daß, wenn aus irgendwelchen Gründen erst eine gewisse lange Zeit nach Überschreitung der Grenze der Wesentlichkeit geklagt wird, in Verbindung mit der Nicht-Rückwirkung u. U. ganz beträchtliche «Differenzrechte» entstehen können und so mit andern Worten die Abänderungsnorm subjektive Rechte und Pflichten in beträchtlichem Umfang entstehen bzw. untergehen lassen kann¹⁵. Vollends Gewicht erhält die Abänderungsnorm, wenn durch sie die Abänderung z. B. nach 2 Jahren vom Urteil an überhaupt ausgeschlossen wird. OR 46/2¹⁶.

C. *Eine weitere Korrektur der entsprechenden Grundnorm.* Eine weitere Korrektur und insofern ein weiterer materiellrechtlicher Aspekt der Abänderungsnorm ist die «Nur-Herabsetzung», ZGB 153/2, gewisser Renten¹⁷ und die eben genannte Beschränkung der Abänderungsklage auf 2 Jahre nach dem Urteil, OR 46/2, während diese sonst länger, d. h. im Rahmen der Verjährungsbestimmungen von OR 60 möglich wäre. Das kommt andererseits auf eine weitere Verschärfung der Rechtskraft des ersten Urteils hinaus. Vgl. im Einzelnen den II. Teil.

OR 46/2 bringt aber noch eine formale Korrektur, indem das Erfordernis des ausdrücklichen Rektifikationsvorbehaltes im Urteil selbst aufgestellt wird, ohne welchen überhaupt nicht abgeändert werden kann¹⁸.

¹⁴ Vgl. z. B. § 2 II 2.

¹⁵ «Differenzrechte»: damit sind die Rechte gemeint, welche aus der Differenz zwischen formellem Rechtszustand – der allerdings durch die Abänderungsnorm zum materiellen gemacht wird – und dem materiellen Rechtszustand aus der entsprechenden Grundnorm.

¹⁶ Vgl. II. Teil, § 9.

¹⁷ Das ist eine weitere handgreifliche Bestätigung für den materiellen Charakter unseres Problems. Denn sich vorzustellen, daß das Prozeßrecht die Heraussetzung ausschließen könnte, ist völlig absurd. Das führt über zu der unter § 4 I D gemachten Aussage, daß schon die Frage, ob überhaupt abgeändert werden soll, eine rein privatrechtliche ist.

¹⁸ All die unter C genannten Erscheinungen sind Besonderheiten des schweizerischen Rechts. Diese werden des näheren im II. Teil behandelt. Doch mußten sie schon im I. Teil der Vollständigkeit halber Erwähnung finden.

D. Das Erfordernis der Klage

1. *Gewöhnliche Sachurteile.* Treten bei einem Urteil nachträglich rechtsaufhebende, d. h. neue Tatsachen ein (wie Tilgung, Untergang, Stundung, Erlaß, Verrechnung), dann verliert das Urteil zwar grundsätzlich seine Vollstreckbarkeit nicht. Es ist ein Aktivwerden des Betriebenen von nöten, er muß dagegen Rechtsvorschlag erheben. (Dem entspricht im deutschen Recht die Vollstreckungsgegenklage des § 767 dZPO.) Wird Rechtsvorschlag erhoben, so kommt es zum Rechtsöffnungsverfahren. Der Gläubiger kann mit dem Urteilsdispositiv die definitive Rechtsöffnung verlangen. SchKG 80. Dagegen hat der Schuldner nur noch die Möglichkeit des *Urkundenbeweises*. SchKG 81. Er hat z. B. seither ganz oder auch nur teilweise gezahlt, denn auch dies ist eine – teilweise – rechtsaufhebende Tatsache. Diese Tatsachen beweist er z. B. mit Postcheck-Quittungen. Es ist klar, daß in diesem *summarischen* Verfahren – der Richter entscheidet in 5 Tagen, SchKG 84 – nur *liquide* Tatsachen durchgesetzt werden können.

2. Rentenurteile in unserem Sinne

a) Vom Schuldner aus gesehen. Er meint, er müsse nun *weniger* zahlen, da eine anders als angenommene Entwicklung im Sinne einer Besserstellung des Gläubigers eintrat. Es geht hier auch um neue Tatsachen, (zwar nicht um «rechtsaufhebende» nach der hier vertretenen Ansicht¹⁹. Doch leuchtet es ohne weiteres ein, daß zur Behandlung dieser Tatsachen das summarische Rechtsöffnungsverfahren sich nicht eignet, da man es mit *nicht-liquiden* Tatsachen zu tun hat²⁰.

Davon gibt es allerdings *Ausnahmen* und diese wollen wir gleich vorwegnehmen. Der Rechtsöffnungsrichter muß z. B. den Tod des Rentenberechtigten berücksichtigen, wenn der Schuldner diesen mit einer Urkunde nachweist²¹. In diesem Falle haben wir aber gar keine Abänderungsklage im eigentlichen Sinne vor uns! Denn es gilt nicht, ein neues Urteil zu finden. Ebenso statuiert Absatz 1/ZGB 153 keine Abänderungsklage. Die Bedürftigkeitsrente fällt bei Wiederverheiratung *ex lege*

¹⁹ Vgl. oben § 4 I F und Nr. 27 a) von § 4.

²⁰ SJZ 16, S. 109 f.; Egger, Art. 328 Nr. 47; BGE 55 II 162; Jaeger Pr. II, Art. 81 N 10. Doch darf und muß der Rechtsöffnungsrichter Tatsachen, welche *liquid* durch Urkunden bewiesen werden können, berücksichtigen, «wegen der relativen Rechtskraft», wie z. B. den amtlich bescheinigten Tod des Rentenberechtigten: Egger, Art. 328 Nr. 47. Vgl. ZbJV 75, 531.

²¹ Vgl. § 4 Nr. 20 a. E.; SJZ 16, S. 110.

und eo ipso weg²², genauer: entsteht nicht mehr. Dieser Umstand läßt sich liquid durch einen Auszug aus dem Zivilstandsregister im summarischen Rechtsöffnungsverfahren nachweisen.

Doch wieder zurück zur Regel. Der Schuldner darf es nicht auf die Betreibung ankommen lassen, in der Meinung er könne dann im summarischen Rechtsöffnungsverfahren sein Minus an Leistungspflicht gegenüber dem Urteil geltend machen. Auch dann nicht, wenn er eine «Urkunde» besitzt, welche dartut, daß es jetzt z. B. dem Gläubiger besser gehe, als seinerzeit im Urteil vorausgeschaut wurde. Wie schon aus dem Terminus «abändern» hervorgeht, braucht es jedoch eine *Neufestsetzung* der Rente und dazu ist ein *ausgedehnteres Beweisverfahren* von Nöten, als dasjenige des summarischen Verfahrens²³. Zwar braucht es im Extremfall der Aufhebung der Rente keine Neufestsetzung im eigentlichen Sinne, doch ist auch in diesem Falle der Urkundenbeweis im Sinne von SchKG 81 gleichermaßen ungeeignet. Andererseits spricht SchKG 81 nur von Tilgung, Stundung und Verjährung und wäre zu eng für unsere Fälle. (Hier könnte zwar extensiv interpretiert werden.)

Da einerseits ein definitiv vollstreckbarer Titel vorliegt, andererseits SchKG 81 keine genügende Handhabe bietet, kommt derjenige Schuldner, der sich auf die Betreibung bzw. Rechtsvorschlag verläßt, nicht weit. Er wird bald einsehen müssen, daß – will er Erfolg haben – die Zuflucht zum ordentlichen Prozeßverfahren der einzige Weg ist. Der Gesetzgeber hat aus dem oben Ausgeführten die Konsequenz gezogen. Das war aber nur der erste Schritt. Diesem folgte die spezielle Ausgestaltung der Klage. (Wesentliche Veränderung und Nicht-Rückwirkung.)

Daß der Urkundenbeweis im Sinne von SchKG 81 sich nicht eignet, schließt andererseits ein «*vereinfachtes Verfahren*» nicht aus. So findet sich im Kanton Zürich ein solches²⁴.

b) Vom Gläubiger aus gesehen. Wenn er meint, er habe Anspruch auf ein Plus, so hat er im Betreibungsverfahren einen schlechten Stand. Auf den Mehrbetrag hat er ja gar keinen vollstreckbaren Titel. Bei Rechtsvorschlag des Schuldners erlangt er weder definitive noch auch provisorische Rechtsöffnung. Es bleibt ihm nichts anderes übrig, als eben zu klagen ... mit der Abänderungsklage, muß allerdings noch unbedingt hinzugefügt werden, denn der Satz: neue Tatsache, bzw. neuer Anspruch = neue Klage gilt in unseren Fällen nicht in dieser

²² Vgl. auch Guldener, S. 262 Nr. 45/46.

²³ SJZ 16, S. 110.

²⁴ Vgl. III. Teil.

unmodifizierten Weise, sondern er wurde in der nun zur Genüge bekannten Weise ausgestaltet. Auch hier gilt prozessual das sog. vereinfachte Verfahren. —

Noch ein paar Worte zur Terminologie. Bei ZGB 153/2, 157, 320 ist nicht von «Klage», sondern von «Begehren» und «Verlangen» die Rede. OR 46/2 spricht überhaupt nur von «vorbehalten» und äußert sich nicht über das weitere Prozedere. Die ZPO des Kantons Zürich redet in § 334/Ziff. 6 von «Beschluß», nicht von Urteil²⁵. Der Natur nach handelt es sich natürlich sowohl um Klage, als um Urteil.

Zum «vereinfachten Verfahren» vergleiche man die Arbeit von K. von Wyß in SJZ 14, 68 ff.

§ 5 Wesentliche Veränderung und Nicht-Rückwirkung

Die beiden wichtigsten Requisite der Abänderungsnorm: das Erfordernis der wesentlichen Veränderung gegenüber der Prognose und die Nicht-Rückwirkung des Abänderungsurteils, gelten allgemein. Daher erfolgt die Behandlung hier im allgemeinen Teil. Während oben versucht wurde, das Wesen dieser beiden Requisite theoretisch zu erfassen, so geht es hier darum, ihre p o s i t i v r e c h t l i c h e Normierung zu untersuchen.

Es wird hier ganz speziell schon auf das schweizerische Recht eingegangen werden.

I. Wesentliche Veränderung

a) Deutsches Recht. Absatz 1/§ 323 dZPO: «Tritt im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Veränderung derjenigen Verhältnisse ein, . . .»

b) Schweizerisches Recht. Da in unserem Rechtssystem keine § 323 dZPO entsprechende Generalklausel sich findet, müssen die in Frage kommenden Artikel (entsprechenden Grundnormen) e i n z e l n durchgegangen werden.

1. ZGB 153/2. «. . . Bedürftigkeit nicht mehr besteht oder in e r h e b l i c h e m Maße abgenommen hat.» M. E. ist das Erste nur das quantitative Maximum des Letzten. Daß es sich um keinen qualitativen Unterschied handelt, wird dadurch bestätigt, daß auch bei gänzlichem

²⁵ Beschluß ist das Korrelat zu Begehren. Wollte man der Terminologie wenigstens des ZGB folgen, so müßte man korrekterweise von Abänderungs b e g e h r e n, Abänderungsverlangen und Abänderungsbeschluß reden.

Wegfall der Rente beim Richter geklagt werden muß und man es nicht auf das Rechtsöffnungsverfahren ankommen lassen darf¹.

Zu beachten ist ganz besonders, daß die erhebliche Veränderung nur in einer Richtung zur Abänderungsklage führt. (Nur bei Verminderung der Bedürftigkeit des Berechtigten und Verschlechterung der Vermögenslage des Pflichtigen².)

2. ZGB 157. «V e r ä n d e r n sich die Verhältnisse infolge von Heirat, Wegzug, Tod eines der Eltern oder aus andern Gründen, ...» Hier suchen wir vergeblich Worte wie wesentlich oder erheblich. Dennoch kann auch hier nicht die kleinste Veränderung schon zu einer erfolgreichen AK führen. Das geht m. E. aus Folgendem hervor. Wenn das Gesetz einerseits Exempel wie Heirat aufzählt, anderseits allgemein noch «andere Gründe» vorbehält, so müssen jene von einer Größenordnung sein, die der Heirat usw. wenigstens einigermaßen entsprechen³.

3. ZGB 320. «Auf Begehren des Klägers oder des Beklagten kann bei e r h e b l i c h e r Veränderung der Verhältnisse ...»

4. ZGB 328 f. Hier liegt – wie wir bereits wissen⁴ – keine ausdrücklich normierte Abänderungsklage vor. Dennoch wird auch hier unter den gleichen Voraussetzungen abgeändert, wie bei den andern Rentenurteilen⁵. Die nicht ausdrückliche Normierung einer speziellen Abänderungsklage wird in SJZ 16, 109 f. durch ein äußeres Moment begründet. Man dürfe nämlich nicht übersehen, «daß in den Artikeln 157 und 320 ZGB eben von einer im Urteil ausgesprochenen Alimenterpflicht ausdrücklich die Rede ist, so daß der Gesetzgeber Anlaß hatte, die Abänderung dieser Urteile – wiederum durch den Richter – vorzusehen. In Artikel 328 wird dagegen bloß grundsätzlich die Alimenterpflicht festgelegt, ohne daß von einem bezüglichen Urteil die Rede wäre⁶.»

5. OR 46/2^{6a}. Hier hat die Abänderung durch die Praxis eine ganz

¹ Vgl. dies als Illustration zu § 4 II D 2 a.

² Vgl. näher II. Teil, § 8.

³ Vgl. z. B. BGE 43 II 476: Änderung des Urteils ist möglich, «nicht schon, wenn sich die Umstände irgendwie geändert haben, sondern nur wenn die neuen Verhältnisse eine andere Entscheidung d r i n g e n d erfordern.» Michel, S. 35 f.

⁴ Vgl. § 4 I D.

⁵ Vgl. Egger, Art. 328 Nr. 45 und 46.

⁶ Dazu vgl. § 4 I G (Anhang).

^{6a} Oftinger, S. 169: «wichtige und verhältnismäßig bedeutende Veränderungen»; Oser, Art. 46 Nr. 22; BGE 32 II 462; BGE 57 II 59.

spezielle Ausgestaltung erfahren. Es sei deshalb auf den II. Teil (§ 9) verwiesen.

6. *Spezialgesetzgebung.* In KUVG 80, EIG 36/3, EHG 10 ist zwar von Veränderung, bzw. Verbesserung oder Verschlimmerung des Gesundheitszustandes die Rede, nicht immer wird aber ausdrücklich das Adjektiv «wesentliche» hinzugefügt. (EIG 36/3.) Doch ergibt sich in Analogie zu den übrigen Abänderungsfällen selbstverständlich auch hier das Erfordernis der Wesentlichkeit.

MFG 41 verweist aufs OR.

II. Nicht-Rückwirkung

a) Deutsches Recht. Absatz 3/§ 323 dZPO: «Die Abänderung des Urteils darf nur für die Zeit nach Erhebung der Klage erfolgen.»

b) Schweizerisches Recht. Die einzelnen – unter I. durchgegangenen – Spezialklauseln enthalten *keine* der deutschen Zivilprozeßordnung (§ 323/3) entsprechende ausdrückliche *Normierung* der Nicht-Rückwirkung.

Die schweizerische *Praxis* und Literatur hat sich (zumindestens grundsätzlich) für die Nicht-Rückwirkung analog Absatz 3/§ 323 dZPO entschieden⁷. Übrigens stellt sich m. E. auch im schweizerischen Recht diese Frage nur für Ersatzrenten aus deliktischer Handlung⁸. Es liegt dann im richterlichen Ermessen, ob die Wirkung des Urteils schon auf

⁷ Grundlegend dazu: K. v. Wyß in SJZ 14, S. 69 ff. Es wird denn auch in den Kommentaren usw. ständig auf ihn verwiesen und seine Ansichten übernommen. K. v. Wyß stellt S. 70 fest, daß über dieses Problem weder im ZGB noch in der (zürcherischen) ZPO etwas bestimmt ist. Er zieht die deutsche Regelung und Literatur zu Rate und stimmt ihr für das schweizerische Recht zu. Vgl. § 4 II A b.

Egger, Art. 320 Nr. 9; Sträuli, S. 366 Nr. 8 zu § 258/Ziff. 2 ZPO/Zürich: «Die Wirkungen der Abänderung erstrecken sich grundsätzlich (!?) nur auf die Zukunft; eine Reduktion von Beiträgen, die vor Anhängigmachung der AK bereits fällig waren, findet nicht statt.» Umgekehrt wird dadurch auch vermieden, daß der mehr fordernde Berechtigte plötzlich eine Kapitalsumme in die Hände bekommt, was nicht im Sinne des Gesetzes liegen würde: so v. Wyß, a. a. O. S. 70.

BIZR 17 Nr. 17; 33 Nr. 72; SJZ 26, S. 28.

Eine andere Meinung hat seinerzeit (1916) das Basler Appellationsgericht vertreten: vgl. SJZ 14, S. 242. «Das freie Ermessen des Richters, die Beiträge auch für die Vergangenheit zu ändern, ist jedenfalls im schweizerischen Recht nicht durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift eingeschränkt.» Gmür, Art. 157 Nr. 7e bezweifelt zu recht die Richtigkeit dieser Ansicht, wie sie in jenem baslerischen Entscheid vertreten wurde.

⁸ Vgl. § 2 II 2.

den Zeitpunkt der Klageerhebung fällt, oder erst mit der Urteilsfällung einsetzt⁹. Mindestens muß man sich auf den formellen Rechtszustand aus dem ersten Urteil verlassen können, bis die andere Partei Klage erhoben hat.

Im Ergebnis muß gesagt werden, daß in bezug auf die Nicht-Rückwirkung des Abänderungsurteils eine *e c h t e G e s e t z e s l ü c k e* im schweizerischen Recht vorliegt. Diese wurde von der Praxis im Sinne der Nicht-Rückwirkung ausgefüllt. Daraus ist m. E. *Gewohnheitsrecht* entstanden. Die Nicht-Rückwirkung ist demnach – wenn auch nicht geschrieben –, so doch positive Norm, auf die man sich berufen kann. Eine sehr wichtige gewohnheitsrechtliche Norm übrigens, wenn man sich das in § 4 II B Gesagte vergegenwärtigt.

§ 6 Verschiedene Fragen

I. *Das Verhältnis der Abänderungsklage zur clausula rebus sic stantibus*. Zunächst müssen wir uns die Frage stellen, ob die clausula rebus sic stantibus¹ überhaupt etwas mit unserem Problem zu tun hat. In der Literatur erscheint nämlich immer wieder im Zusammenhang mit der Abänderungsklage der Begriff der clausula. Gleich zu Anfang sei aber schon vorweggenommen, daß die clausula rebus sic stantibus im Sinne der Pandektenlehre (als stillschweigender Vertragsinhalt) für uns überhaupt nicht in Frage kommen kann, denn wir haben es mit Leistungen ex lege und nicht ex contractu zu tun². Bei jenen Fällen, wo die clausula wirklich zum Zuge kommt, handelt es sich übrigens um Leistungen, welche im Verhältnis zu einer *G e g e n l e i s t u n g* in krasses Mißverhältnis geraten, während bei unseren Fällen kein solches synallagmatisches Austauschverhältnis anzutreffen ist, sondern nur *e i n e* Leistung und diese eben ex lege vorliegt.

Übrigens auch bei *V e r t r ä g e n* wurde die clausula als fiktiver, stillschweigender Inhalt vom Bundesgericht von jeher abgelehnt³. Heute

⁹ v. Wyß, SJZ 14, S. 70.

¹ Literatur zur clausula: Kommentare zu ZGB 2; Tuor, S. 43; Siegwart in der Festgabe der juristischen Fakultät Freiburg, 1924; ausführlich Merz, Hans: Die Revision der Verträge durch den Richter, ZSR 1942, S. 394 ff. und die dortige Literaturzusammenstellung; Oftinger, Die krisenbedingte Veränderung der Grundlage bestehender Verträge, SJZ 36, S. 246.

² Gl. M. BGE 55 II 21; Wäsch, S. 43.

³ BGE 45 II 397; 48 II 446; 59 II 374.

muß sich die *clausula* auf positive Normen stützen können⁴. Die *clausula* ist im schweizerischen Recht ein Anwendungsfall von ZGB 2, d. h. des Prinzips des Handelns nach Treu und Glauben⁵. Darüber hinaus wird für einzelne Fälle von Verträgen die *clausula* speziell normiert. So z. B. OR 373/2: «Falls jedoch außerordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermäßig erschweren, so kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen.» Die eben gehörte Formulierung erinnert sehr stark an diejenige der Abänderungsnormen. Dabei entsteht aber durch Vertrag ein einmaliges, abgeschlossenes, von den äußeren Umständen wie Geldentwertung usw. grundsätzlich unabhängig subjektives Recht, während in unseren Fällen gerade durch jene äußeren Umstände neue Ansprüche entstehen⁶, welche auch ohne spezielle Abänderungsklage, geschweige denn die *clausula* durchgesetzt werden könnten.

Wenn dennoch verschiedentlich gesagt wird, die Rentenurteile ständen unter der *clausula rebus sic stantibus*⁷, so ist das mißverständlich (zum mindesten). Gemeint kann höchstens das *Prinzip* sein, welches die *clausula* verkörpert, nicht die *clausula* im engeren Sinne selbst. Wie ist es in Wirklichkeit gemeint? Das wird nicht gesagt!

M. E. könnte man aber – wenn man unbedingt einen Zusammenhang mit der *clausula* meint aufzeigen zu müssen – folgendermaßen konstruieren. Da sich das Prinzip von Treu und Glauben – darin ist das Prinzip der *clausula* enthalten – auch an den Richter⁸ wendet, so dürfte dieser auf Grund positiver Norm gar nicht die materielle Rechtskraft des ersten Urteils um jeden Preis hochhalten, d. h. er dürfte, wenn Treu und Glauben es von ihm verlangen, in der Rechtskraft kein Hindernis für die Durchsetzung wesentlicher neuer Tatsachen erblicken,

⁴ Merz, a. a. O. S. 492 ff.

⁵ Oftinger, SJZ 36, S. 245.

⁶ § 4 I B und E 1.

⁷ Michel, S. 33: «Das ist aber nichts anderes als die aus Billigkeitserwägungen entstandene, allerdings in gesetzliche Form gekleidete Rechtswohlthat der c. r. s. s., die eine besonders große Rolle im Vertrags- und Vermögensrecht spielt.» (Dieser Nachsatz wird noch hinzugefügt!!); Egger, Art. 157 Nr. 1, Art. 320 Nr. 1, Art. 328 Nr. 45; BIZR 12 Nr. 91.

⁸ Gmür, Art. 2 Nr. 20.

sonst wäre das ein offenkundiger Rechtsmißbrauch. (Natürlich erst bei starkem Mißverhältnis zwischen formellem und materiellem Rechtszustand.)

Die eben angedeutete Theorie würde jedoch nur dann spielen, wenn tatsächlich die Rechtskraft bei Rentenurteilen die Durchsetzung neuer Tatsachen verhindern würde. Das ist aber gar nicht der Fall, wie wir wissen. Vgl. § 4. Es scheint mir aus diesen Gründen nicht nötig zu sein, in letzter Not nach dem Prinzip der *clausula* zu greifen, sondern die Lösung ergibt sich autonom.

Jetzt muß uns die Billigkeitstheorie noch unter einem andern Aspekt – wenigstens für das schweizerische Recht⁹! – fragwürdig erscheinen. Die Abänderungsklage wäre dann nämlich nur die spezielle Ausgestaltung einer ohnehin durch generelle positive Norm (ZGB 2) sich ergebenden Lösung für den Einzelfall. So müßte der Terminus «Billigkeitsausnahme» mindestens in diesem Sinne relativiert werden.

II. a) Was ist die Abänderungsklage? Ein *Rechtsbehelf*¹⁰? Ein *Rechtsmittel*¹¹? Ein Fall der *Revision*? M. E. nichts von alledem. Sehr mißverständlich ist es, wenn KUVG 80 «Revision» des Rentenurteils zum Marginale hat. Es kann sich natürlich nicht um eine Revision im Sinne des Zivilprozeßrechtes handeln. (Vergleiche z. B. Zürich, ZPO § 351 Zif. 2.) Es dürfen hier nur solche Tatsachen – zwar nachträglich unter gewissen Voraussetzungen – berücksichtigt werden, die sich realiter bereits *vor* dem Urteil erfüllt haben¹². Bei der Abänderung ist aber gerade das Typische, daß nur solche Tatsachen in Frage kommen, die sich *nachträglich* ereignet haben¹³.

M. E. ist die Abänderungsklage, wie bereits in § 4 ausgeführt, eine modifizierte Ausgestaltung eines *allgemeinen Rechtssatzes*: neuer Anspruch = neue Klage des Gläubigers (bzw. Rechtsvorschlag des Schuldners bei Untergang eines alten Anspruches) für die *Spezialerscheinung* der Rentenurteile.

⁹ Im deutschen Recht gibt es keine Norm, welche so *allgemein* wie ZGB 2 das Prinzip von Treu und Glauben statuiert.

¹⁰ Rosenberg, S. 701 (ein rein prozessuales Hilfsmittel); Baumbach-Lauterbach, § 323 I.

¹¹ Diese Bezeichnung, welche Oertmann, S. 308 einmal leichthin verwendet, gefällt erst recht nicht.

¹² Guldener, S. 488 Nr. 6.

¹³ Daß es sich auch bei der «Revision» im Sinne von KUVG 80 um solche nachträgliche Tatsachen handelt, geht aus KUVG 80 selbst hervor.

b) Die Abänderungsklage erfüllt die Begriffsmerkmale einer *Gestaltungsklage*. (Es wird erst durch das Urteil die Rechtslage unmittelbar gestaltet.) Diese Tatsache resultiert aus der Nicht-Rückwirkung des Abänderungsurteils. Die gesetzlich normierte Voraussetzung, unter welcher die Gestaltungsklage zur Verfügung gestellt wird, ist die wesentliche Veränderung der tatsächlichen Lage gegenüber der Prognose des ersten Urteils.

Im Gegensatz dazu ist das erstmals ergehende Rentenurteil deklarativ¹⁴.

Ferner muß noch erwähnt werden, daß auch das Abänderungsurteil durch Abänderungsklage erneut abgeändert werden kann¹⁵.

Streit herrscht darüber, ob das Abänderungsurteil nur *Gestaltungsurteil*, oder daneben auch noch *Leistungsurteil* sei. In bezug auf das *Gestaltungsurteil* wird zum Teil von *prozessuallem* *Gestaltungsurteil* geredet¹⁶. Dieses Adjektiv scheint mir sehr richtig. M. E. ist das Abänderungsurteil nur *formal* ein *Gestaltungsurteil* (insofern es den formellen Rechtszustand ändert), *inhaltlich* aber ist es ein

c) *Leistungsurteil*^{16a}. Doch ist zu differenzieren. Daß zu einer wirklich neuen Leistung verurteilt wird, kommt nur dann vor, wenn die neue Tatsache für den Gläubiger ein Plus an Anspruch, ein Plus an Leistung bringt. Die Leistung, welche schon auf Grund des ersten Urteils geschuldet war, wird dann m. E. «*n o v i e r t*», d. h. sie entsteht neu im nunmehrigen Urteil (Abänderungsurteil). Zu dieser Novation kommt dann eben noch der neue Leistungsbetrag hinzu¹⁷. Ist die Veränderung

¹⁴ Vgl. § 2 I 2 b.

¹⁵ Nikisch, S. 423; Rosenberg, S. 705; Voigt, S. 53.

¹⁶ Rosenberg, S. 701.

^{16a} Rosenberg, S. 701: das Abänderungsurteil sei *Gestaltungsurteil*, insofern es das Urteil des ersten Prozesses ändere, *Leistungsurteil*, insofern es eine neue Verurteilung ausspricht; Nikisch, S. 424 geht so weit, von einer Aufhebung des ersten Urteils und Neufestsetzung zu reden.

Die Erscheinung, daß ein und dasselbe Urteil sowohl (formal) ein *Gestaltungsurteil* als auch (inhaltlich) ein *Leistungsurteil* darstellt, ist m. E. ein juristisches Kuriosum. Bei näherem Zusehen jedoch lassen sich Parallelfälle finden. So ist das Ehescheidungsurteil einerseits *Gestaltungsurteil*, andererseits *Leistungsurteil*, insofern es z. B. Bedürftigkeitsleistungen zuspricht. Mindestens ohne richterliche Genehmigung einer Parteivereinbarung – ZGB 158 Ziff. 5 – kommt es nicht zu einer rechtswirksamen diesbezüglichen Verpflichtung.

¹⁷ Obschon Novation ein privatrechtlicher Begriff ist, scheint er mir doch zu zeigen, was hier vorgeht.

gegenüber der Prognose rechtsaufhebend, bzw. rechtsvermindernd, dann wird das alte Urteil nur in dem Umfange noviert, als es das Minus zuläßt. Immerhin ist das Abänderungsurteil auch schon aus dem Grunde ein Leistungsurteil, weil es ja einen vollstreckbaren Titel darstellt.

Auf alle Fälle scheint mir die kategorische Ansicht verfehlt, das Abänderungsurteil sei kein Leistungsurteil, sondern nur die Fortwirkung des ersten Leistungsurteils¹⁸. Mindestens insofern eine rechtsvermehrnde Tatsache eintrat, ist diese Ansicht unhaltbar.

d) Nach all dem bisher in dieser Arbeit Gehörten müssen über den Terminus «*abändern*» wohl nicht mehr viel Worte verloren werden. Er ist einfach so zu verstehen: der formelle Rechtszustand, resultierend aus dem ersten Urteil¹⁹, wird im Sinne einer Anpassung an den aus der entsprechenden Grundnorm fließenden materiellen Rechtszustand modifiziert. Die Abänderungsklage wird auch mitunter einfach «*Änderungsklage*» genannt²⁰. Früher schon «*Umwandlungsklage*»²¹. Doch wurde dieser Ausdruck zu Recht fallengelassen²².

¹⁸ Voigt, S. 48 (er redet von reinem Gestaltungsurteil); Baumbach-Lauterbach, § 323 3 A; a. M. RG 140, 170.

¹⁹ Dieser wird zwar durch die Abänderungsnorm zum materiellen gemacht bis zur Klage: vgl. § 4 II B.

²⁰ So z. B. Oppermann, a. a. O. S. 445.

²¹ Hellwig, S. 811.

²² Zu ergänzen ist noch, daß die Abänderung nur für die Zukunft wirkt. Das wissen wir zwar schon zur Genüge, doch muß es hier zur Sicherheit in diesem Zusammenhang nochmals betont werden. Der Ausdruck «*abändern*» darf also nicht etwa im gegenteiligen Sinne mißverstanden werden.

Zudem können Änderungen – wenn das erste Urteil ergangen ist – erst dann berücksichtigt werden, wenn sie auch wirklich eingetreten sind und nicht schon dann, wenn sie nur in Zukunft einmal wahrscheinlich eintreten werden. Das drängt sich zwingend z. B. durch den Wortlaut von Absatz 1 § 323 dZPO auf: «Tritt ... eine wesentliche Veränderung ... ein ...»

II. TEIL

Die spezifisch schweizerische Lösung

§ 7 Keine Generalklausel sondern Spezialklauseln

Die Abänderungsklagen stehen im schweizerischen Recht im organischen Zusammenhang mit der entsprechenden Rentengrundnorm im Privatrecht selbst und sind nicht – getrennt von der Grundnorm – ins Zivilprozeßrecht verwiesen, wie dies bei dZPO § 323 in Form einer Generalklausel für alle (abänderbaren) Rentenurteile in unserem Sinne geschah¹. Wir haben gesagt, daß die Abänderungsnorm materiell-rechtlichen Charakter hat². Um das zu beweisen, haben wir uns aber nicht auf den Umstand gestützt, daß die Abänderungsklagen in der Schweiz (und auch in Frankreich³ und übrigens auch im BGB-Entwurf⁴) im Privatrecht selbst stehen. Dieser Umstand hat nur Indizwert, denn auch z. B. im ZGB stehen prozessuale Normen⁵.

Die Lösung der Spezialklauseln ist die kompliziertere, dafür aber die subtilere. Die schweizerische Lösung weicht im Einzelnen nicht unerheblich von den allgemeinen Regeln, welche wir im I. Teil kennen lernten, ab. Gerade deshalb scheint es mir von Vorteil, die allgemeinen Grundsätze herausgearbeitet zu haben. Dadurch wird die Erkenntnis der spezifisch schweizerischen Regelung gefördert.

Eine Generalklausel wie dZPO § 323 würde die Abänderung von ZGB 156 – außer den Geldbeiträgen – nicht erfassen. Durch ZGB 157 ist aber auch die Kinderzuteilungsregelung und das Besuchsrecht abänderbar, insofern also ein *Nicht-Rentenurteil*⁶. Auch wären nach einer Generalklausel die Renten aus ZGB 152 sowohl herauf- als herabsetzbar, während sie in Wirklichkeit *nur herabsetzbar* sind⁷.

Auf der anderen Seite wäre durch die Generalklausel ein bedeutend größerer Spielraum für die Abänderung von OR 46/1 geschaffen, als dies durch OR 46/2 und dessen Ausgestaltung durch die Praxis der

¹ Vgl. § 4 I F.

² Vgl. § 4 I D.

³ Vgl. § 4 I F.

⁴ Vgl. § 4 Nr. 39.

⁵ ZGB 144 z. B.

⁶ Vgl. § 12 I b).

⁷ Vgl. § 10.

Fall ist⁸. Auch würde eine Generalklausel die Abänderung von Renten aus Versorgerschaden (OR 45/3) erfassen, wo es im schweizerischen Recht *keine* spezielle Abänderungsnorm gibt und die Praxis auch nicht die Lücke in diesem Sinne ausgefüllt hat⁹, hingegen ist die Verwandtenunterstützungsrente (ZGB 328/29) «de sa nature» abänderbar, ohne daß durch eine Lückenfüllung in Analogie zu den andern Abänderungsklagen eine solche erst durch den Richter geschaffen werden müßte¹⁰.

Bei ZGB 151 – wo ebenfalls eine spezielle Abänderungsnorm fehlt – hat die Praxis jedoch die Lücke ausgefüllt¹¹.

Im deutschen Recht gibt es – entsprechend der Generalklausel von § 323 dZPO – *eine* Abänderungsklage, im schweizerischen Recht aber *mehrere* Abänderungsklagen, entsprechend den verschiedenen abänderbaren Urteilen.

§ 8 *Die Abänderung von Schadenersatzurteilen bei Körperverletzung*

I. Übersicht über die Entwicklung der Praxis des Bundesgerichtes und erste Kritik

A. OR 46/2.

1. *a) BGE 24 II 430.* Vor in Kriftreten des neuen OR – also noch unter aOR, in dem sich *keine* Abänderungsnorm befand – erging im Jahre 1898 ein grundlegender Entscheid: 24 II 430.

Es handelte sich um eine Darmverletzung eines Schülers durch Stichhiebe. Die Verletzung heilte. Es bestand neben den Heilungskosten (Spital usw.) im Moment kein weiterer Schaden. Dennoch lag eine Gefährdung für die Zukunft vor, da nämlich in solchen Fällen erfahrungsgemäß *häufig* abnorme Verwachsungen mit eventuellen schlimmen Folgen (Darmschluß usw.) eintreten können. Doch war bereits die spätere Berufswahl beeinträchtigt, indem sich auf alle Fälle ein leichter Beruf aufdrängte.

Der Berechtigte klagte aber nicht nur die Heilungskosten, sondern auch den zukünftigen Schaden, resultierend aus dem bleibenden Nachteil, ein. Zu diesem Problem führte das Bundesgericht damals aus:

⁸ Vgl. § 8 II.

⁹ Vgl. § 9.

¹⁰ Vgl. § 12 III und schon I. Teil, § 4 I D.

¹¹ Vgl. § 11.

würde aus der Tatsache, daß auch dieser zukünftige Schaden eingeklagt wurde, eine definitive Entscheidung über den Gesamtschaden sich zwingend ergeben, so müßte der zukünftige Schaden entweder abgewiesen werden, oder aber auf rein mutmaßliche Tatsachen gebaut werden, und die Gutheißung wäre rein *w i l l k ü r l i c h*. Das Gericht kann aber den zukünftigen Schaden *zur Zeit abweisen* und einen *Vorbehalt der Nachklage* machen. Diese Nachklage *v e r j ä h r t* mit Ablauf der 10jährigen Verjährungsfrist nach der schädigenden Handlung bzw. der einjährigen nach Eintritt des Schadens.

Daneben bestanden aber nach der damaligen Ansicht des Bundesgerichtes *n o c h 2 M ö g l i c h k e i t e n*:

a) Der Kläger hätte zuwarten können mit seiner Klage wegen bleibenden Nachteils, bis ein solcher eingetreten wäre (innerhalb der Verjährungsfristen natürlich) oder aber:

b) jetzt Leistungsklage auf Ersatz der Heilungskosten und *Feststellungsklage* auf Bestehen des Anspruches auf Entschädigung für bleibenden Nachteil.

β) Es wurde also in diesem Entscheid 24 II 430 der zukünftige Schaden ganz *o f f e n* gelassen und in keiner Weise in Rechnung gestellt, obschon erfahrungsgemäß *h ä u f i g* in solchen Fällen später die Erwerbsfähigkeit gemindert sein wird. Die Folgen waren vielleicht nicht mit allergrößter Sicherheit voraussehbar, immerhin «sehr wohl möglich»¹. Auf alle Fälle war der zukünftige Schaden *v o r a u s s e h b a r* i. S. von § 3 B III 2 c) und hätte nach den dort entwickelten *allgemeinen* Grundsätzen in Rechnung gestellt werden müssen mit jederzeitiger Abänderungsmöglichkeit andererseits.

Bezüglich des *E n t s t e h u n g s z e i t p u n k t e s* des subjektiven Ersatzanspruches muß m. E. gefolgert werden, daß er mit dem effektiven Tatsacheintritt zusammenfällt (– selbst bei voraussehbarem Schaden²). Etwas anderes ist nicht gut möglich, denn sonst könnte die Verjährung nicht erst dann zu laufen beginnen. Leider schweigt sich das Bundesgericht über jenen Entstehungszeitpunkt aus.

2. *BGE 31 II 128*. Im Jahre 1905 wurde die Nachklage auf einmal auf *zwei Jahre limitiert*, während in *BGE 24 II 430* von einer solchen Beschränkung – außer natürlich der Verjährung – kein Wort zu finden

¹ Zit. Entscheid, S. 428.

² Vgl. unten jedoch: III B.

war. Woher auf einmal diese zwei Jahre? M. E. ist dies wohl dem Einfluß des EHG zuzuschreiben. Gerade in jenem Jahr wurde das neue EHG beschlossen. U. a. wurde die Rektifikation auf zwei Jahre nach dem Urteil beschränkt (EHG 14/1), während in aEHG von 1875 noch nichts davon zu finden war.

3. BGE 32 II 462. Ein Jahr später, aber immer noch v o r Aufnahme von Art. 46/2 ins OR von 1911 erfuhr die Praxis gegenüber 24 II 430 eine weitere, ganz bedeutende Einschränkung.

Es wird in BGE 32 II 462 gesagt, daß der Richter nur *ausnahmsweise* zum Rektifikationsvorbehalt greifen darf. Nur dann nämlich, wenn g ä n z l i c h e U n s i c h e r h e i t über die zukünftige Entwicklung herrscht. Eine bloß leichtere Ungewißheit oder «der Umstand, daß die Folgen zur Zeit nicht mit großer Wahrscheinlichkeit berechnet werden können, genügt zur Verweisung auf die Nachklage nicht». Das wird damit begründet, daß ein gewisser Grad von Unsicherheit sehr häufig bestehen wird, die sofortige Erledigung solcher Prozesse aber doch die Regel sein soll.

Welcher Unterschied zu den allgemeinen Regeln der AK, welcher Unterschied aber auch zu BGE 24 II 430³!

4. BGE 40 II 493. a) Dieser Entscheid stammt aus dem Jahre 1914, d. h. aus einer Zeit n a c h Aufnahme des ausdrücklichen Nachklagerichts ins OR.

Hier ist durch den Verlust eines Auges eine a b s t r a k t bemessene verminderte Arbeitsfähigkeit von $33\frac{1}{3}\%$ bei einem Erwachsenen eingetreten. Darin ist heute schon die zukünftige größere Gefahr, an Sehkraft noch mehr einzubüßen, oder ganz zu erblinden, eingerechnet. Wenn diese Momente schon eingerechnet sind, ist kein Platz für die Aufnahme eines Rektifikationsvorbehaltes, sagt das Bundesgericht.

Es führt aber weiter noch Folgendes aus. Es lägen heute noch keine bestimmten Gründe für eine spätere Schädigung vor, im Gegenteil verneine der Experte, daß das rechte Auge zur Zeit irgendwie erkrankt sei. Würden aber solche bestimmten Gründe heute schon vorliegen, dann müßte ein Rektifikationsvorbehalt gemacht werden, «wogegen dann andererseits dieser mögliche weitere Nachteil bei der nunmehrigen Schadensfestsetzung a u ß e r B e t r a c h t b l e i b e n

³ Kritik: vgl. II.

müßte», d. h. man würde ihn offen lassen und nicht in Rechnung stellen.

β) Dieser Lösung haftet m. E. etwas sehr Unbefriedigendes an. Einerseits ist es eigenartig, daß abstrakt die zukünftige Gefahr der Erblindung usw. eingerechnet ist, während ausdrücklich festgestellt wird, daß konkret eine solche gar nicht gegeben ist. Andererseits ist die Lösung insofern äußerst fragwürdig, als wirklich – entgegen aller Erwartung, und das kann sehr wohl möglich sein, – wie gerade die Erfahrungssätze lehren⁴ – auch noch das andere Auge z. B. wegen Verletzung durch einen Dritten verlustig geht.

Durch die Erblindung ist der Mann jetzt 100%ig arbeitsunfähig. Daran ist aber der erste Schädiger mindestens zur Hälfte schuld, denn hätte er nicht das erste Auge ausgeschlagen, so wäre durch die zweite Verletzung durch den Dritten nicht völlige Erblindung, sondern eben wieder nur $33\frac{1}{3}\%$ Verminderung erfolgt. Das heißt aber nichts anderes, als daß man das erste Urteil sollte abändern können, in dem Sinne, daß der erste Schädiger mindestens für 50% verminderter Arbeitsfähigkeit von der Erblindung an aufkommen muß und nicht nur weiterhin für die abstrakt berechneten $33\frac{1}{3}\%$, wie dies leider nach 40 II 493 geschehen müßte.

5. BGE 55 II 322. Die Vorinstanz wollte die Aufnahme eines Rektifikationsvorbehaltes ablehnen, weil dieser für Spätfolgen «keine Dekkung» biete. Das Bundesgericht lehnte diese Auffassung als nicht schlüssig ab. Das Recht auf Rektifikationsvorbehalt darf nicht deshalb verweigert werden, weil die Komplikationen voraussichtlich nicht im Laufe der nächsten zwei Jahre eintreten werden.

Daraus ergibt sich m. E. indirekt, daß ein Spätschaden (von zwei Jahren nach dem Urteil an), wenn er nicht der Wahrscheinlichkeit nach irgendwie im ersten Urteil bereits in Rechnung gestellt⁵, d. h. offen gelassen wurde, nicht mehr – wenigstens nach Ablauf der zwei Jahre – durchgesetzt werden kann.

Hier kommen deutlich die *zeitliche Beschränkung* und ihre Folgen gegenüber den gewöhnlichen Regeln der AK zum Ausdruck.

Eigenartig scheint mir, wie in diesem Entscheid die Berechtigung des Vorbehaltes deshalb zugegeben wird, weil eine «sichere Schadensfeststellung» zur Zeit unmöglich sei, während noch in BGE 32 II 462 nur bei «gänzlicher Unsicherheit» ein solcher als angebracht erklärt wurde.

⁴ Vgl. I. Teil, § 2 I 2 b β.

⁵ Oftinger, S. 170; BGE 24 II 430.

Mir will scheinen, als ob die Praxis selbst «nicht sicher» sei, es mit der Voraussetzung: «gänzlich unsicher» übertrieben zu haben.

6. *BGE 57 II 59*. Hier wird wieder zu den strengen Voraussetzungen von 32 II 462 zurückgekehrt: «La liquidation immédiate et définitive doit cependant être la règle, la réserve l'exception; elle ne se justifie que lorsqu'il est réellement impossible d'apprécier avec quelque certitude les suites de l'accident; ..»

Also bei «quelque certitude», was «einiger Wahrscheinlichkeit» auf deutsch entspricht, darf bereits kein Vorbehalt aufgenommen werden.

7. *BGE 57 II 99*. Hier wurde sogar der Rektifikationsvorbehalt nun auch vom Bundesgericht selbst deshalb verweigert, weil es im konkreten Fall unwahrscheinlich sei, daß die wesentliche Erschwerung innert zwei Jahren eintreten werde⁶. M. E. ist immerhin die Ansicht in 55 II 322 vorzuziehen, für den Fall nämlich, daß der Schaden eben doch noch vor Ablauf der zwei Jahre eintritt. Wenn aber wirklich der offene Schaden sich nach zwei Jahren erst realisiert, kommt es natürlich nicht darauf an, ob nun ein Vorbehalt im Urteil steht oder nicht: der Schaden kann so oder so nicht durchgesetzt werden⁷.

Interessant ist es, wenn man der eben skizzierten Praxis zu OR 46/2 diejenige zu den Spezialgesetzen gegenüberstellt.

B. *EHG 10*.

BGE 39 II 314 ist der einzige mir bekannte Fall in der öffentlichen Sammlung der Bundesgerichtsentscheide, wo ein zukünftiger Schaden (vorläufig) in Rechnung gestellt wurde und dennoch ein Rektifikationsvorbehalt aufgenommen wurde.

Für eine bestimmte Zeitspanne nach dem Urteil war eine Rente entsprechend 30 % vermindelter Arbeitsfähigkeit kalkuliert. Die wirkliche in der fraglichen Zeit betrug aber dann 45 %; so wurde die Rente entsprechend erhöht, d. h. wirklich *abgeändert*.

Praktisch würde der Unterschied zu den bisher kennen gelernten Entscheiden noch viel mehr dann in die Augen springen, wenn die Verminderung der Arbeitsfähigkeit weniger als 30 % in der fraglichen Zeitspanne betragen hätte. Dann wäre nämlich herabgesetzt worden, was sich m. E. ohne weiteres aus dem betreffenden Entscheid

⁶ Schärer, S. 49.

⁷ Immerhin ist der Vorbehalt insofern günstiger, als es wenigstens innerhalb der zweijährigen Frist möglich sein sollte, den erst später eintretenden Schaden dann der Wahrscheinlichkeit nach doch noch berücksichtigen zu können.

ergibt. Eine Abänderungsklage also im eigentlichen Sinne, wenn man von der zeitlichen Beschränkung auf zwei Jahre absieht. (EHG 14/1).

Dabei muß allerdings gesagt werden, daß EHG 10/2 ausdrücklich vom Vorbehalt zugunsten der Eisenbahn spricht, für den Fall, daß sich die Unfallfolgen wesentlich günstiger als angenommen gestalten sollten. (Damit ist die wirkliche Herabsetzung eines bereits in Rechnung gestellten Betrages gemeint.) Dem muß aber entgegengehalten werden, daß OR 46/2, im Gegensatz zu EHG 10/1 auch nicht extra den Vorbehalt zugunsten des Verunfallten erwähnt, sondern ganz *a l l g e m e i n* die Abänderungsmöglichkeit vorbehält. Es würde der Praxis demnach m. E. vom Gesetzestext her nicht das geringste Hindernis entgegenstehen, auch bei OR 46/2 genau gleich vorzugehen, wie bei EHG 10.

C. *FHG* 8 (heute außer Kraft)

BGE 32 II 627. Über den späteren Eintritt von Star bei einem Splitter im Auge bestand erhebliche Wahrscheinlichkeit. Ist der Eintritt dieses Schadens erst *nach* der Abänderungsfrist zu erwarten, so ist die sofortige Liquidation im Interesse des berechtigten Arbeiters vorzuziehen. «Doch ist diese Vorschrift nicht so zu verstehen, daß der Richter die Wahrscheinlichkeit einer künftigen ungünstigen Veränderung unter allen Umständen nur durch Rektifikationsvorbehalt berücksichtigen darf. Sonst würde doch die in erster Linie zugunsten des Arbeiters getroffene Bestimmung vielfach zu dessen Nachteil ausschlagen.»

Der Richter *kann* (!) den Schaden auch schon heute *definitiv* berücksichtigen. (Zu beachten ist, daß erhebliche (!) Wahrscheinlichkeit über den Eintritt des Stars bestand.)

Das sagt das Bundesgericht im gleichen Jahr, wo es zu OR 46 ausführte, der Vorbehalt sei nur bei gänzlicher Unsicherheit zu machen, sonst aber *müsse* die endgültige Erledigung Platz greifen⁸. In unserem Falle herrschte aber alles andere als gänzliche Unsicherheit.

Die Praxis ist weit davon entfernt, in den verschiedenen Haftpflichtgesetzen als einheitlich, sicher oder konsequent bezeichnet werden zu können.

D. *KUVG* 80.

Jetzt sei aber noch ein Blick auf die Regelung und die Praxis der Sozialversicherung geworfen. *KUVG* 80 sieht eine Abänderung jederzeit während den ersten drei Jahren, dann bei Ablauf der folgenden

⁸ *BGE* 32 II 462.

drei Jahre⁹ und dann nochmals bei Ablauf des neunten Jahres vor. Zudem braucht es hier *keinen ausdrücklichen Vorbehalt*¹⁰.

Das ist eine großzügige Regelung, die sehr gefällt. Immerhin ist der Pflichtige eine öffentliche Anstalt und kein Privater. Es handelt sich dabei nicht um eine eigentliche Klage, da man ja bei einer Verwaltungsbehörde (der Suval) ein Gesuch¹¹ um «Revision» einreichen muß. (Weiterzug an gerichtliche Behörden allerdings vorbehalten.)

Die *Praxis* zu KUVG 80 sieht kurz wie folgt aus: Einmal kann sogar *noch länger als neun Jahre* abgeändert werden, indem die Suval bei der Revision im neunten Jahre einen Vorbehalt auf weitere Abänderung für *Spätfolgen* zugesteht¹².

Dann aber ist äußerst interessant ein Entscheid, der m. E. unbedingt auch fürs OR, d. h. allgemein Gültigkeit haben sollte¹³. «Die für den Fall *energischer Wiederaufnahme* der Arbeit voraussehbare *Angewöhnung* und Anpassung sind bereits bei der erstmaligen¹⁴ Rentenfestsetzung zu berücksichtigen. Arbeitsunfähigkeit, die auf unzureichende Arbeitstherapie zurückzuführen ist, berechtigt *n i c h t* zum Bezug von Versicherungsleistungen¹⁵.»

Diese (psychologisch) richtige Praxis läßt aber andererseits – und wieder sehr begrüßenswerterweise – eine Heraufsetzung solcher Renten zu, wenn eine bereits diskontierte Angewöhnung nicht eintritt, selbstverständlich vorausgesetzt, daß der gute Wille des Berechtigten nicht fehlte¹⁶.

⁹ In der revisionsfreien Zwischenzeit – KUVG 80/2 – entsteht kein Anspruch des Versicherten für Nachteile neben oder an Stelle der laufenden Renten: EVGE 1928, S. 18 und 1933, S. 31: außer bei Zustimmung beider Parteien; 1934, S. 129; außer in ganz dringenden Fällen (z. B. sofortige Operation). Umgekehrt hat ja die Suval auch die Renten bis zur Abänderungsfrist weiter zu zahlen, wenn diese durch die Veränderung zu hoch wurden.

¹⁰ Graven, S. 118.

¹¹ U. U. kann die Suval sogar auch *ohne* Gesuch des Versicherten erhöhen: EVGE 1942, S. 7, 14 ff.

¹² Es handelt sich dabei natürlich um eine «garantie exceptionelle», die nur bei möglichem Eintritt von wichtigen Spätfolgen Platz greifen kann. EVGE 1938, S. 21 und 115, 120 und 125.

¹³ Vgl. schon allg. Teil § 3 B III 2 c.

¹⁴ Die zu erwartende Angewöhnung kann auch bei der Revision für die nächste Periode zum voraus berücksichtigt werden: EVGE 1944, S. 110.

¹⁵ EVGE 1928, S. 112.

¹⁶ EVGE 1929, S. 91; vgl. auch Graven, S. 36.

War eine Anpassung im ersten Prozeß schon voraussehbar, wurde sie aber trotzdem nicht berücksichtigt, so ist das für die SUVAL kein Grund zur Herabsetzung (denn die Abänderung ist nicht dazu da, unvermeidbare Fehler der ersten Festsetzung zu korrigieren¹⁷). Tritt aber eine nicht voraussehbare oder größer als voraussehbare Angewöhnung ein – mit erhöhter Erwerbsfähigkeit im Gefolge, –, so ist das ein Grund zur Herabsetzung des bereits in Rechnung gestellten Betrages¹⁸.

II. Kritik des Gesetzes und der Praxis

Aus dem bisher Gehörten ergibt sich als Quintessenz, daß die Praxis m. E. OR 46/2 zu einer *rudimentären* AK degradiert hat. (All das zu OR 46/2 Gesagte und noch zu Sagende gilt auch fürs MFG¹⁹.)

Der Wortlaut von OR 46/2 würde an sich ohne weiteres eine Abänderungsklage im eigentlichen Sinne zulassen²⁰, allerdings

a) *auf zwei Jahre beschränkt*, während nach den allgemeinen Grundsätzen über die AK eine solche zeitliche Beschränkung nicht Platz greifen würde. Z. B. ist in der Generalklausel von § 323 dZPO von einer solchen Beschränkung keine Rede²¹. Die einzige zeitliche Schranke der AK sind natürlich die Verjährungsbestimmungen. Doch das ist selbstredend²². Über die Verjährungsbestimmungen von OR 60/1 hinaus bedeutet die Limitierung der Nachklage auf zwei Jahre nach dem Urteil eine ganz beachtliche Verkürzung des Abänderungsrechtes.

Wann beginnt die zweijährige Frist? Sie fängt mit dem Tage der Eröffnung des letztinstanzlichen Urteils an^{23, 24}.

¹⁷ EVGE 1939, S. 128/29; das stimmt mit den allgemeinen Lehren über die AK durchaus überein, das Gegenteil wäre unhaltbar; vgl. § 3 B III 2 c.

¹⁸ EVGE 1939, S. 128/29; S. 124.

¹⁹ Vgl. MFG 41; Strebel, Art. 41 Nr. 32.

²⁰ Vgl. BGE 39 II 314 und das dort Gesagte.

²¹ § 3 B IX, § 4 II C; Oser-Schönenberger, Art. 46 Nr. 20.

²² § 3 B IX.

²³ Oftinger, S. 170.

²⁴ Deutlich formuliert EHG 14/1: «... vom Tage der Eröffnung des Urteils an», während OR 46/2 weniger präzise «vom Tage des Urteils» an sagt; vgl. auch BIZR 8, 320 f.

A. M. Becker, Art. 46 Nr. 7: die Frist beginne erst mit der Rechtskraft des Urteils.

Ist die Begrenzung auf zwei Jahre eine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist? Es handelt sich um eine *Präklusionsfrist*, obschon EHG 14 mißverständlicherweise von «Verjährungsfrist» redet²⁵.

Wie kam es überhaupt zu der Beschränkung auf zwei Jahre? Der Ständerat begründete die Einführung des bestimmten Zeitraumes damit u. a., daß für *gewisse* (!) Fälle – namentlich die traumatische Neurose – der definitive Erlaß eines Urteils erst beruhigend wirke²⁶. Bei den Neurosen ist die Beschränkung in der Tat angebracht. Aber es kann doch nicht pars pro toto gelten, was nur für «gewisse» Fälle gut ist, braucht noch lange nicht g r u n d s ä t z l i c h zu gelten, denn die Neurosenfälle sind ja die Ausnahmen. (Zudem macht hier die Praxis überhaupt k e i n e n Vorbehalt, wie wir wissen²⁷.)

Man wird wohl für die rasche und endgültige Liquidation eines Schadenfalles die Rechtssicherheit ins Feld führen oder gar, daß der Pflichtige nicht aus allzulange zurückliegender Zeit belangt werden solle²⁸. (Doch kann die zeitliche Beschränkung natürlich auch zugunsten des Berechtigten ausschlagen.) Das sind aber alles keine stichhaltigen Gründe – die AK wurde ja gerade so ausgestaltet, daß sie der Rechtssicherheit vollauf Genüge leistet²⁹ –, besonders dann nicht, wenn man ihnen die andere Seite gegenüberstellt: die Tatsache nämlich, daß durch die Beschränkung auf zwei Jahre nicht allzu schwer eine ganz beachtliche Diskrepanz zwischen dem weiter vollstreckbaren Urteil und dem materiellen Rechtszustand, wie er ohne Abänderungsnorm aus der «entsprechenden Grundnorm» fließen würde, entstehen kann³⁰. Das ist

²⁵ Vgl. Oftinger, S. 170; BGE 19, 422; 34 II 627.

²⁶ Oser-Schönenberger, Art. 46 Nr. 20.

²⁷ Vgl. § 3 B III 2 c.

²⁸ Im Hof, S. 142: «Der Nutzen, der sich daraus vielleicht für eine Partei ergibt, wird regelmäßig durch die Nachteile aufgehoben werden, die daraus hervorgehen, daß das Rechtsverhältnis lange Zeit unsicher bleibt.» Worin besteht aber diese Unsicherheit?? Einerseits bildet das Urteil ja einen vollstreckbaren Titel und andererseits braucht es erneute Klage mit der Voraussetzung der w e s e n t l i c h e n Veränderung. Ferner sagt Im Hof: «Mit einer völligen Klarstellung der rechtlichen Verhältnisse ist aber in vielen Fällen den Parteien am besten gedient.» Das scheint mir sehr fraglich zu sein, nach dem, was wir alles über die Zukunftprognose gehört haben.

Auch Oftinger, S. 187, sagt – allerdings bei Versorgerschaden, doch das gilt / auch hier –, daß das Risiko eines neuen Prozesses kein durchschlagender Gegengrund für die viel subtilere Lösung der Abänderungsmöglichkeit darstelle.

²⁹ Vgl. § 4 II A.

³⁰ Vgl. die ausführlichen Darlegungen im I. Teil: § 4 II B.

dann der Fall, wenn sich n a c h zwei Jahren die Arbeitsfähigkeit erheblich anders entwickelt, als prognostiziert wurde oder wenn nach einigen Jahren sog. *Spätfolgen*^{31, 32} eintreten. Das kann gänzlich unvorhergesehen geschehen oder man hat zur Zeit des ersten Prozesses daran schon gedacht – als möglich, aber nicht als voraussehbar. Hat man die andere Entwicklung oder die Spätfolgen «der Wahrscheinlichkeit nach» bereits in Rechnung gestellt³³, so kann man sich leicht ausmalen, wie sehr ungewiß eine solche Berechnung oft sein wird, besonders wenn die Spätfolgen erst in ferner Zukunft eintreten werden. Sind sie aber so «gänzlich unsicher», daß man zum Rektifikationsvorbehalt Zuflucht nimmt, so ist das erst recht unbefriedigend, denn der Vorbehalt kann leicht platonisch werden, dann nämlich, wenn die Folgen erst nach zwei Jahren eintreten³⁴. Wenn die Folgen innerhalb der zwei Jahre nicht eintreten, ist m. E. zu empfehlen, kurz vor Ablauf der Frist die Nachklage zu erheben, um die unsichere Zukunft wenigstens der Wahrscheinlichkeit nach zu berechnen und in Rechnung zu stellen.

b) *Rudimentär* ist die AK von OR 46/2 aber erst recht aus folgendem Grund. Es kann nämlich nur in einer Richtung abgeändert werden, man kann *nur heraufsetzen*. Diese einseitige AK nur zugunsten des Klägers hat den terminus technicus: *Nachklage*³⁵. Das ist die Folge der Ausgestaltung der AK durch die *Praxis* und nicht etwa des Gesetzestextes³⁶.

Es gibt nur zwei Möglichkeiten:

a) Der zukünftige Schaden ist mit «einiger Wahrscheinlichkeit»³⁷ voraussehbar: dann wird nach der heutigen Praxis zu OR 46/2 kein Vorbehalt aufgenommen, d. h. es besteht überhaupt absolut keine Abänderungsmöglichkeit, sei es nun eine Herauf- oder Herabsetzung.

³¹ Wobei die Spätfolgen die Arbeitsfähigkeit erheblich vermindern können.

³² Die Praxis zu KUVG 80 zeigt, daß diese nicht selten vorkommen: EVGE 1940, S. 10, 1938, S. 21 und 115.

³³ Oftinger, S. 170; BGE 32 II 627, 40 II 493.

³⁴ BGE 55 II 322; vgl. aber das zu BGE 57 II 99 Gesagte.

³⁵ Vgl. Im Hof, S. 143: Hätte der Gesetzgeber nur den Vorbehalt zu gunsten des Klägers gewollt, so hätte er nicht von «Abänderung», sondern von «Nachklage» geredet. – Die Praxis ist aber anders m. E.: vgl. gleich anschließend.

³⁶ Vgl. ZGB 153/2, wo die Nur-Herabsetzung (allerdings) ausdrücklich normiert wurde.

³⁷ BGE 57 II 59.

β) Es herrscht «gänzliche Unsicherheit»³⁸; dann wird der Betrag aber noch offen gelassen und noch gar nicht in Rechnung gestellt.

α) und β) können kombiniert vorkommen³⁹, indem ein Teil des zukünftigen Schadens voraussehbar ist, der andere Teil hingegen noch unsicher bleibt.

Wird aber ein Schaden offen gelassen, d. h. zurückgestellt, so kann es sich nur darum handeln, diesen später einzuklagen. Daraus folgt praktisch: die Rente kann solchermäßen nur erhöht, nicht aber herabgesetzt werden; erhöht werden dann, wenn der offene Schaden wirklich eintritt, tritt er aber nicht ein, so bleibt die Höhe der Rente gleich. Eine dritte Möglichkeit gibt es nicht, denn der offene Schaden kann nur entweder eintreten oder nicht eintreten. Dennoch ist die Nachklage – und das darf nicht übersehen werden – nicht einfach eine gewöhnliche neue Klage. Sie ist eine Abänderungsklage, insofern nämlich auch hier die Requisite der wesentlichen Veränderung (d. h. der offene Schaden muß in einigem Umfang eintreten) und die Nicht-Rückwirkung gelten⁴⁰.

Mit impetus drängt sich die Frage auf: was aber, wenn nicht nur der offene, zurückgestellte Schaden nicht eintritt, sondern der andere in Rechnung gestellte Teil des Schadens (bei Kombination) wider Erwarten gar nicht so groß ausfällt, wie der Richter prognostizierte! Für diesen Fall – für ein eventuelles Minus nämlich – wurde der Vorbehalt ja gar nicht gemacht. Hier ist es in der Tat konsequent, wenn die Praxis nicht abändert, sonst würden die Fälle bevorzugt, wo neben einem voraussehbaren Schadensteil noch ein nicht voraussehbarer (d. h. unsicherer) ist: denn ist der ganze Schaden mit einiger Wahrscheinlichkeit voraussehbar, dann gibt es keinen Vorbehalt, keine Abänderungsmöglichkeit, auch wenn der Schaden wider Erwarten kleiner eintritt als angenommen, was hier ebenso gut wie dort geschehen kann.

Die Nachklage ist also insofern eine rudimentäre AK, weil man mit ihr nur heraufsetzen kann und weil sie der spezifischen Erscheinung

³⁸ BGE 32 II 462.

³⁹ BGE 40 II 493 und 32 II 627 sind solche Fälle. Im letzteren war die Sachlage folgendermaßen: man nahm an, daß ein bestimmter Grad von verminderter Arbeitsfähigkeit gleich bleiben wird, die offene Frage war aber, ob eventuell als Spätfolge Star eintreten wird und die Arbeitsfähigkeit dadurch noch mehr vermindert wird.

Die Kombination ist also dergestalt, daß ein Teil des zukünftigen Schadens voraussehbar ist, der andere Teil hingegen noch unsicher.

⁴⁰ Vgl. § 5 I b 5 und II b.

der Zukunftsprognose, bzw. der Erfahrungssätze nicht Rechnung trägt: daß nämlich die mit großer, geschweige denn nur mit einiger Wahrscheinlichkeit voraussehbare Zukunftsentwicklung wider Erwarten immer anders eintreten kann⁴¹.

Zwar ist in der Literatur von der Nur-Heraufsetzung nicht die Rede⁴². Den Vorbehalt zu ungunsten des Verletzten – d. h. die Herabsetzung – sieht EHG 10/2 und ElG 36/3 ausdrücklich vor. «Dasselbe muß aber auch fürs OR gelten⁴³.» Leider glaubt der Schreibende, daß diese Ansicht der Literatur nur theoretisch und dogmatisch richtig ist, für die Praxis kann dies aber beklagenswerterweise nach dem ganzen Tenor derselben nicht gelten.

Eine Praxisänderung wäre zu begrüßen. Das Vorbild dazu sollte die Praxis zu EHG 10: BGE 39 II 314 sein⁴⁴.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß weder das unter a) noch unter b) Gehörte zu befriedigen vermag:

1. *Offener Schaden und Rektifikationsvorbehalt* (Nachklage). Unzulänglich, a) wenn der Schaden erst nach zwei Jahren seit dem Urteil eintritt, b) wenn der offene Schaden nicht nur nicht eintritt, sondern der in Rechnung gestellte andere Teil des Schadens kleiner eintritt als angenommen. (Nur-Heraufsetzung.)

2. *Ganzer Schaden in Rechnung gestellt und kein Vorbehalt*. Hier wäre nach den allgemeinen Regeln der AK selbstverständlich Abänderung möglich. Der Ausschluß der Abänderungsmöglichkeit ist schlechthin unverständlich, denn: da schon bei mit großer Wahrscheinlichkeit voraussehbarem Schaden nach den Erfahrungssätzen dieser sich anders als angenommen entwickeln kann, so ist dies erst recht bei nur mit einiger Wahrscheinlichkeit voraussehbarem Schaden möglich.

Mit diesem betrüblichen Bild sind wir aber noch nicht am Schlusse unserer Betrachtungen angelangt.

III. Andere Möglichkeiten?

A. Oftinger sagt S. 170 Folgendes: «Wo zum vornherein zu erwarten ist, daß die Situation auch nach zwei Jahren ... nicht ab-

⁴¹ Vgl. allg. Teil: § 2 I 2 b.

⁴² Im Hof, S. 143; Oser-Schönenberger, Art. 46 Nr. 21: Abänderung zu gunsten, aber auch zu ungunsten des Verletzten, im Gegensatz zu aEHG von 1875, das nur zu gunsten des Verletzten abänderte; Oftinger, S. 171.

⁴³ Oftinger, S. 171.

⁴⁴ Vgl. oben das zu 39 II 314 Gesagte und unten zu de lege ferenda.

geklärt sein wird, mag es u. U. richtiger sein, auf einen Vorbehalt zu verzichten und das künftige Ausmaß des Schadens schon jetzt nach der Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen⁴⁵.» *Statt dessen* kann der Verletzte, ebenfalls unter Verzicht auf den Vorbehalt . . . ,

1. den liquiden Schaden (z. B. die bereits erwachsenen Kosten) innert der Verjährungsfrist einklagen, den illiquiden Schaden (z. B. die Nachteile dauernder Arbeitsunfähigkeit) dagegen erst *später*, wenn er liquid geworden ist.» Es ist in der ersten Klage ein entsprechender, ins Urteil aufzunehmender Vorbehalt zu machen. Das Gericht kann auch von Amtes wegen den illiquiden Schaden zur Zeit abweisen und nur den liquiden zusprechen. Der illiquide Schaden beginnt erst zu verjähren, wenn er liquid geworden ist, da man ja erst dann «Kenntnis» von ihm hat im Sinne von OR 60/1. (BGE 24 II 430)⁴⁶.

2. Oder der Verletzte erhebt (positive) *Feststellungsklage*, daß ein Anspruch auf Ersatz des illiquiden Schadens besteht. (BEG 24 II 430.)

Die gleiche Möglichkeit sieht Oser⁴⁷.

Diese Ansicht von Oftinger und Oser ist mehr als nur theoretisch richtig, sondern auch praktisch äußerst wünschenswert. Ob sich diese Möglichkeit allerdings mit der momentanen Praxis zu OR 46/2 vereinbaren läßt, ist eine andere Frage. Mir wenigstens scheint dies unmöglich.

Beide Autoren stützen sich – und das muß auffallen – auf den gleichen, alten Entscheid 24 II 430 und nur auf diesen. Damals wurde aber von der Praxis noch ganz anderes gesagt, als heute; damals gab es noch keinen Art. 46/2 OR; damals war von einer Beschränkung der AK auf zwei Jahre noch keine Rede⁴⁸. Heute ist die Praxis aber eine grundverschiedene; heute geht die Tendenz nach der sofortigen und endgültigen Erledigung, wenn die Zukunft sich nur einigermaßen voraussagen läßt. In BGE 24 II 430 wurde aber ein Vorbehalt gemacht, obschon «erfahrungsgemäß häufig», also sehr wahrscheinlich, bzw. voraussehbare Folgen eintreten werden. Deshalb würde hier heute kaum ein Vorbehalt aufgenommen, und wenn einer gemacht würde, so eben nur auf zwei Jahre.

⁴⁵ BGE 32 II 627.

⁴⁶ Oftinger, S. 171.

⁴⁷ Art. 46 Nr. 23.

⁴⁸ Vgl. oben das zu BGE 24 II 430 Gesagte.

Es geht m. E. nicht an, für die heutige *Praxis* aus BGE 24 II 430 die obigen Möglichkeiten abzuleiten. So oder so aber ist Tatsache, daß seit jenem Entscheid aus dem Jahre 1898 kein einziges Urteil mehr im gleichen Sinne erging!

Auch kann es nicht befriedigen, daß die bessere Berücksichtigung des Schadens zwei Jahre nach dem Urteil einfach vom Zufall abhängen kann, ob der Richter den «illiquiden» Schaden zur Zeit abweist oder nicht. Ferner wäre der Reiche bevorzugt, denn er kann es sich viel eher leisten, nur den «liquiden» Teil des Schadens einzuklagen, der Arme aber viel weniger.

Doch ganz speziell von einem anderen Gesichtspunkt aus muß die Frage noch aufgerollt werden: von der *Verjährung* her gilt es zu untersuchen, ob es in der Tat möglich ist *wahlweise* den «illiquiden» Schaden zu berücksichtigen oder nicht. Denn zunächst sollte man meinen: Kann der illiquide zukünftige Schaden schon heute eingeklagt werden, muß er auch bereits entstanden sein. Wenn er aber bereits entstanden ist, so muß andererseits auch schon jetzt seine Verjährung beginnen, und man kann gar nicht zuwarten mit der Klage, wie oben in der Literatur vorgeschlagen wurde. Würde aber heute seine Verjährung noch gar nicht beginnen, so kann er auch nicht bereits entstanden sein und man kann ihn heute noch gar nicht einklagen!

Die Dinge liegen hier nicht einfach. Auf alle Fälle wäre es eigenartig, wenn der Ersatzanspruch aus dem illiquiden Schaden schon heute bestehen würde, dessen Verjährung aber erst mit dessen Liquidität zu laufen begänne, m. a. W. Entstehungszeitpunkt und Beginn der Verjährung eines subjektiven Rechtes auseinanderfallen würden^{48a}.

B. Zur Abklärung des Problems scheint es mir angezeigt, als Ausgangspunkt zunächst Klarheit über die Begriffe liquider und illiquider Schaden bei Körperverletzung zu erlangen. In der Literatur wird unter liquidem Schaden der gegenwärtige (z. B. Heilungskosten), unter illiquidem der zukünftige (Erwerbseinbuße infolge verminderter Arbeitsfähigkeit) verstanden⁴⁹.

Diese Unterscheidung bedarf m. E. der *Differenzierung*. Es scheint mir so zu sein, daß man den illiquiden Schaden nicht einfach schlechthin mit dem zukünftigen identifizieren darf. Der *voraus-*

^{48a} Dieses Auseinanderfallen trifft zwar eigenartigerweise zu, aber in ganz anderem, gerade umgekehrten Sinne. Vgl. dazu § 8 III. B. a).

⁴⁹ Oftinger, S. 170.

sehbare zukünftige Schaden ist m. E. von den Regeln der AK aus betrachtet liquid, so daß bei zukünftigem Schaden differenziert werden muß:

- a) *liquider zukünftiger Schaden* (voraussehbarer Schaden);
- b) *illiquider zukünftiger Schaden* (ganz ungewisser, bzw. unvorhersehbarer zukünftiger Schaden).

Dabei verhält es sich m. E. so, daß der liquide zukünftige Schaden schon heute eingeklagt werden muß, bzw. daß dessen Verjährung bereits zu laufen beginnt. Diese Ansicht stimmt auch mit der heutigen Praxis durchaus überein.

Beim illiquiden zukünftigen Schaden ist es aber umgekehrt: dieser entsteht erst mit dem Eintritt der entsprechenden Tatsachen, d. h. mit der Liquidität, und seine Verjährung läuft erst von dann an. Auch diese Auffassung stimmt wiederum mit der heutigen Praxis überein.

Zu beachten ist der Fall, wo der illiquide zukünftige Schaden z. B. schon ein halbes Jahr nach dem Nachklagevorbehalt liquid wird. Dann kann m. E. nicht die zweijährige Frist des Vorbehaltes abgewartet werden, sondern spätestens 1½ Jahre nach dem Urteil muß geklagt werden, um die Verjährungsfrist von OR 60/1 einzuhalten.

Ergänzt sei noch, daß die Verjährung bei illiquidem zukünftigem Schaden natürlich nur dann mit der Liquidität zu laufen beginnt, wenn die Formulierung der betreffenden Verjährungsbestimmungen dies zuläßt. Bei OR 60/1 ist dies in der Tat der Fall, denn dort findet sich neben der absoluten Verjährungsfrist von 10 Jahren nach der schädigenden Handlung noch eine relative von einem Jahr nach *Kenntnis* des Schadens. Vom liquiden zukünftigen Schaden hat man aber m. E. schon heute Kenntnis. A n d e r s liegen die Dinge aber, wenn es nur eine Verjährungsfrist gibt, welche sich absolut vom Unfall aus bemißt und auf die «Kenntnis des Schadens» nicht abgestellt wird, wie dies bei EHG 14/1 und EIG 37 der Fall ist.

In der schweizerischen L i t e r a t u r findet sich wenig zur Frage des Entstehungszeitpunktes bei Schadenersatz aus Körperverletzung⁵⁰, bzw. dessen Verjährungsbeginn. Immerhin hat Oser in Nr. 12 zu Art. 60 OR geschrieben: «Tritt nachträglich neuerdings Schaden einer früheren Tat

⁵⁰ Immerhin findet sich ganz versteckt in einer Fußnote von Tuhrs im OR allg. Teil eine grundsätzliche Aussage: S. 84 Nr. 36; vgl. dazu Nr. 59 des laufenden § 8.

ein, so beginnt mit diesem Moment hierfür die Verjährung von neuem.»

Ergiebiger ist die deutsche Literatur und Praxis. Schon im I. Teil⁵¹ sind wir auf die verfehlte Ansicht der Prozeßrechtler gestoßen, daß bei wider Erwarten anders verlaufender Entwicklung dennoch schon von Anfang an für diese der subjektive Anspruch anders bestanden habe⁵². Hätten die Prozeßrechtler mehr darauf geachtet, was die Privatrechtler über den Entstehungszeitpunkt des Anspruches, bzw. der Ansprüche aussagen und hätten die Privatrechtler auch mehr darüber geschrieben, so wäre der Irrtum der Billigkeitstheorie nicht eine Ewigkeit bis ins heutige Recht hinein weitergeschleppt worden.

Von Tuhr hat in seinem allgemeinen Teil des BGB dazu Stellung genommen⁵³. Er wirft die Frage auf, ob bei schädlichen Folgen einer Handlung ein einheitlicher Ersatzanspruch mit Beginn des Schadens und mit einheitlicher Verjährung entsteht oder aber ob mit jeder weiteren Verschlechterung der Vermögenslage ein neuer Anspruch mit neuer Verjährung erwächst. Von Tuhr bekennt sich aus praktischen Gründen zur ersten These, fügt aber sogleich die ausschlaggebende Maßgabe bei: nur so weit sich die später eintretenden Schadensfolgen «als eine möglicherweise zu erwartende Weiterentwicklung des Schadens darstellen.»

Auch das Reichsgericht ist dieser Ansicht. In RG 83, 360⁵⁴ wird ausgeführt, daß alle Folgen, die überhaupt nur als möglich voraussehbar waren, durch die allgemeine Kenntnis des Schadens als dem Verletzten bekannt gelten. M. E. besteht aber ein großer Unterschied, ob etwas in Zukunft nur möglich, oder aber voraussehbar im Sinne der allgemeinen Regeln über die Abänderungsklage ist. Meiner Ansicht nach sollte nur für die wirklich voraussehbaren Folgen und nicht schon für die nur irgendwie möglichen heute der subjektive Ersatzanspruch entstanden sein und die Verjährung beginnen⁵⁵. Auch das Reichsgericht

⁵¹ Vgl. § 4 I E 1 und § 4 Nr. 31 a.

⁵² Rosenberg, S. 703.

⁵³ 3. Band, S. 511.

⁵⁴ Gl. M. wie RG 83, 360; RG 70, 157; JW 1907, S. 302; JW 1908, S. 10 Nr. 11; JW 1909, S. 725, Nr. 19.

⁵⁵ Der Schreibende differenziert zwar zwischen Renten und Kapitalabfindung: vgl. § 4 I E 1 und 2; bei Kapitalabfindung besteht schon heute der ganze Anspruch, nicht aber bei Rente; dennoch müssen die voraussehbaren Folgen schon heute auch hier eingeklagt werden.

sagt ja selbst: «Nur wenn später aus der unerlaubten Handlung neue schädigende Folgen hervorgehen . . . , die sich zuvor nicht voraussehen oder erwarten ließen, beginnt für diese eine besondere selbständige Verjährung . . . » Hier ist von «möglichen» Folgen kein Wort mehr die Rede, sondern nur noch von voraussehbaren und zu erwartenden. Man sollte sehr vorsichtig sein, denn es besteht ein erheblicher gradueller Unterschied.

Aus dem vorhin zitierten Satz von RG 83, 360 muß m. E. gefolgert werden: Nicht nur, wenn etwas eintritt, an das man nicht denken konnte, entsteht ein *neuer* Anspruch in diesem Moment, sondern auch, wenn eine voraussehbare Entwicklung wider Erwarten *a n d e r s* eintritt, als angenommen. (Der zweite Halbsatz ist im Grunde nur ein Anwendungsfall des ersten.)

Daß ein *neues* subjektives Recht bei (wesentlicher) Veränderung vorliegt⁵⁶, stimmt also mit der Ansicht der Praxis überein. Damit ist der Billigkeitstheorie nicht nur theoretisch, sondern auch von der Praxis her der Todesstoß versetzt. Das Reichsgericht ist aber demnach unkonsequent, indem es einerseits die Billigkeitstheorie vertritt, andererseits aber die oben gehörte Ansicht, denn m. E. schließen sie sich aus.

Zurückgekommen werden muß hier nochmals auf die unschöne *Doppelspurigkeit*⁵⁷: das voraussehbare Recht ist bereits entstanden; wider Erwarten (bei anderer Entwicklung als angenommen) entsteht es aber dann später in anderer Form.

a) Deshalb wurde im I. Teil (§ 4 I E 1) die *e i g e n e M e i n u n g* vertreten, auch der voraussehbare Schadenersatzanspruch entstehe erst im Moment des entsprechenden Tatsacheneintrittes, mit der Maßgabe allerdings, daß das, was voraussehbar ist, schon heute *e i n g e k l a g t* werden muß. Es ist also in der Tat so, daß Entstehungszeitpunkt und Verjährungsbeginn auseinanderfallen. Korrekterweise sollte man von Verjährung der *K l a g e m ö g l i c h k e i t* sprechen. Gerade das zeigt deutlich, daß man aber nicht die Wahl hat, den zukünftigen Schaden – sofern er liquid ist – heute schon einzuklagen oder nicht.

Daß die hier unter a) vertretene Ansicht theoretisch mindestens erwägenswert ist, gibt ja auch von Tuhr indirekt zu, indem er sagt, aus *p r a k t i s c h e n* Gründen sei die andere Ansicht – unten b) – vor-

⁵⁶ Vgl. I. Teil, § 4 I D und E 2.

⁵⁷ Vgl. § 4 I B.

zuziehen⁵⁸. An anderer, neuerer Stelle läßt sich von Tuhr geradezu als Vertreter der unter a) geäußerten Ansicht zitieren⁵⁹.

b) *Praxis*. Was voraussehbar, d. h. liquid (bzw. irgendwie im Bereich des Möglichen liegt), ist, schon *heute* entstanden und muß schon eingeklagt werden, da die Verjährung bereits begonnen hat.

So kann man im *K o n k u r s* sagen, die Unfallrenten seien *fällig*⁶⁰, was man bei der unter a) geschilderten Auffassung nicht (wenigstens nicht ohne weiteres) vertreten könnte.

Bei *Unterhaltsrenten* aber ist auch die *P r a x i s* der Ansicht, daß der Anspruch erst *pro rata temporis* entsteht^{61, 62}.

IV. Abstrakte Schadensberechnung

Obschon grundsätzlich die *konkrete* Schadensberechnung anzuwenden ist, hat sich im Haftpflichtrecht durch die Praxis für gewisse Hauptfälle eine *a b s t r a k t e* Schadensberechnung, unter Berücksichtigung des konkreten Einzelfalles allerdings, herausgebildet⁶³.

Zwischen der abstrakten Schadensberechnung und der rudimentären AK von OR 46/2 scheint mir ein *Z u s a m m e n h a n g* zu bestehen. Durch die abstrakte Berechnungsart wird der Schadenersatz immer mehr von der *r e a l e n* *G r u n d l a g e* gelöst. So wird eine Rente

⁵⁸ Besonders, wenn er dann noch sagt a. a. O. S. 511, daß bei Renten der Anspruch mit Fälligkeit der *R a t e* entstehe. Wie harmoniert das aber mit dem, was er vorher sagte (vgl. Kontext).

Das käme letzten Endes auf die in dieser Arbeit vertretene Differenzierung zwischen Kapitalabfindung und Rente hinaus: § 4 I E 1 und 2.

⁵⁹ Liest man die Note 30 S. 84 des allg. Teiles zum schweizerischen OR, 1942, so kann man von Tuhr vollends als Stütze für die im Text vertretene Ansicht anführen. Er sagt dort: «Aber die Ersatzforderung für Arbeitsunfähigkeit e n t s t e h t, wie der Schaden, im Verlauf der Zeit; ... die nach Art. 46/2 zulässige Abänderung betrifft daher nicht die materielle Ersatzforderung (die j a n o c h *n i c h t* entstanden ist), sondern das im v o r a u s erlassene und dieser Forderung nicht mehr entsprechende *Urteil*.»

⁶⁰ RG 87, 84.

⁶¹ RG 87, 84.

⁶² Insofern ist also dem I. Teil nichts hinzuzufügen gewesen; nur in bezug auf die Renten wegen Körperverletzung sollen diese Ausführungen als eine Modifizierung des ersten Teils mit Rücksicht auf die Praxis verstanden werden.

⁶³ Oser-Schönenberger Art. 46 Nr. 12; Becker, Art. 46 Nr. 3; die Schadensberechnung ist daher eine konkrete (!) (also andere Meinung); Graven, S. 139 ff.; Im Hof, S. 133; Strebel, Art. 41 Nr. 28; BGE 29 II 488; 34 II 231; 40 II 493; 57 II 103.

bezahlt, obschon der Verletzte weiterhin die gleiche Stelle mit dem gleichen Lohn innehat⁶⁴.

V. Kapitalabfindung.

Hier können wir uns kurz fassen. Die Frage wurde ja bereits im allgemeinen Teil ausführlich behandelt. Die in BGE 44 II 153 vorbehaltene Abänderung von einer Kapitalabfindung wurde dort als unrichtig abgelehnt⁶⁵.

VI. Spezialgesetzgebung.

Daß für das MFG Gleiches wie fürs OR gilt, wurde bereits gesagt⁶⁶.

Die Verwirkungsfristen für die Abänderung betragen bei EHG 10 i. Vb. mit 14/1 zwei Jahre – wie bei OR 46/2 –, bei ElG 36/3 dagegen nur ein Jahr.

Daß es nur eine, absolut – vom schädigenden Ereignis (Unfall) an – berechnete Verjährungsfrist des Schadenersatzes gibt, wurde auch schon gesagt. Sie beträgt zwei Jahre (gegenüber 10 bei OR 60/1): EHG 14/1 und ElG 37. Hier kann es demnach nicht auf die «Kenntnis» des Schadens ankommen. So beginnt nicht nur der voraussehbare, sondern auch der nicht voraussehbare Schaden mit dem Unfall zu verjähren. Ein ganz anderes Bild!

Das PostVG verweist in Art. 47 aufs EHG. Es gelten für dieses die gleichen Regeln wie dort⁶⁷.

⁶⁴ BGE 40 II 493; Strebel, Art. 41 Nr. 28: Sogar für die Vergangenheit wird die Weiterzahlung in der gleichen Höhe als ein Akt der Liberalität zu gunsten des Verletzten und nicht des Pflichtigen aufgefaßt, so daß Ersatz geleistet werden muß, obschon insofern gar kein Schaden vorliegt. Im Gesetz ist übrigens nicht von verminderter Erwerbsfähigkeit, sondern von verminderter Arbeitsfähigkeit die Rede. Es besteht jedoch die Gefährdung, daß der Verletzte bei Stellenwechsel einen kleineren Lohn erhalten wird. Nichtsdestotrotz kann es m. E. vorkommen, daß der Verletzte sein Leben lang die gleiche Stelle mit dem gleichen Lohn innehaben wird. Gesetzt den Fall, das würde für BGE 40 II 493 zutreffen – und es wurde in diesem Entscheid kein Vorbehalt aufgenommen –, so müßte der Pflichtige ständig bezahlen, obschon der Berechtigte realiter sein Leben lang gar keine Lohneinbuße erleiden würde.

⁶⁵ Vgl. § 3 B XI; § 4 I E 2.

⁶⁶ Strebel, Art. 41 Nr. 32.

⁶⁷ Buser, PostVG Art. 47.

VII. De lege ferenda für OR 46/2.

A. 1. Die Beschränkung der AK auf zwei Jahre sollte fallen gelassen werden. Die einzige Schranke sollte nur die Verjährung sein, was aber ganz natürlich ist, denn die Abänderungsnorm ist insofern keine *lex specialis* zu den Verjährungsvorschriften.

2. Der ausdrückliche formelle Vorbehalt im Urteil sollte abgeschafft werden, in dem Sinne, daß grundsätzlich für *jedes* Urteil die Abänderungsmöglichkeit besteht.

Dann müßte sich die Praxis notwendigerweise ändern. Aber auch ohne Gesetzesänderung könnte sich die Praxis – wie bereits dargestellt – von der rudimentären AK loslösen. Dabei müßte aber in *j e d e s* Urteil ein Rektifikationsvorbehalt aufgenommen werden. Solches wäre jedoch bei EHG 10 und ElG 36/3 unmöglich, da dort gesagt wird, daß der Richter nur «ausnahmsweise» vom Vorbehalt Gebrauch machen dürfe.

3. Die Abänderungsnorm sollte so formuliert werden, daß die Abänderung für Kapitalabfindung klar ausgeschlossen ist.

B. V o r s c h l a g für eine *künftige Fassung* von OR 46/2.

«Wurde die Entschädigung in Rentenform zugesprochen, so kann, wenn wider Erwarten eine wesentliche Veränderung gegenüber der richterlichen Prognose der Zukunftsentwicklung eintritt, das Urteil jederzeit durch erneute Klage (im Rahmen der Verjährungsvorschriften) abgeändert werden.

Was voraussehbar ist, müssen die Parteien schon im ersten Prozeß vorbringen, ansonst kann im Abänderungsverfahren die Einrede der Voraussehbarkeit erhoben werden^{67a}.

Die Wirkungen des neuen Urteils treten frühestens von der Klageerhebung an ein.»

VIII. Praktische Vorschläge für eine Abänderungsmöglichkeit auch nach zwei Jahren ohne Änderung des Gesetzestextes

Die P r a x i s hat OR 46/2 so verstanden, daß überhaupt jedes Zurückkommen auf die Folgen eines Unfalls nach zwei Jahren ausgeschlossen ist. Dadurch wird der Abänderungsnorm eine ungeheure Kraft verliehen, dergestalt, daß sie den Verjährungsbestimmungen von

^{67a} Vgl. § 3 B III 2 c.

OR 60/2 *derogiert*. Man kann sich ernstlich fragen, ob es wirklich der Wille des Gesetzgebers war, OR 46/2 zur derogierenden *lex specialis* zu OR 60/1 zu machen. Wäre es nicht möglich, OR 46/2 anders auszudeuten?

Dazu muß man die Frage stellen, wofür eigentlich der Vorbehalt gemacht wird! Ein Beispiel wird dies am besten illustrieren. Ein Arbeiter hat einen komplizierten Beinbruch. Vorderhand ist er ganz arbeitsunfähig. Für die Zukunft ist es aber noch offen, d. h. nicht voraussehbar, ob er – guter Wille vorausgesetzt – wieder voll arbeitsfähig wird, oder ob vielleicht doch ständig ein gewisser Nachteil zurückbleibt. Nach einigen Jahren aber muß – und daran hat kein Mensch denken können – das Bein amputiert werden, da sich als Spätfolgen des Unfalls innere Blutungen und Stauungen im Bein bildeten.

Frage: wurde der Vorbehalt für alle Folgen, welche sich aus dem *Unfall schlechthin* ergeben könnten, gemacht oder aber nur für die *Beinverletzung* und der aus dieser als *möglich* erachteten Konsequenzen, welche im ersten Prozeß bereits überdacht wurden – oder hätten überdacht werden sollen –, trotzdem aber, da sie noch nicht ausgesprochen voraussehbar waren, noch zurückgestellt wurden?

Je nachdem ergibt sich ein ganz anderes Bild. Wenn der Vorbehalt *nicht* für die Folgen, welche sich aus dem Unfall schlechthin ergeben könnten, gemacht wurde, dann wäre die Amputation etwas gänzlich *Neues*, *über* dem Vorbehalt Liegendes und ohne weiteres durch erneute Klage durchzusetzen.

Das eben Gesagte müßte aber konsequenterweise auch dann gelten, wenn *kein* Vorbehalt im Urteil aufgenommen wurde.

Hierher gehört noch folgender Fall⁶⁸: ein Arbeiter ist durch einen Armbruch in seiner Arbeitsfähigkeit vermindert. Später bekommt er die Schwindsucht und kann überhaupt nicht mehr arbeiten. Jetzt ist durch den Armbruch die Arbeitsfähigkeit nicht mehr gemindert, denn auch ohne diesen könnte er nicht mehr schaffen.

In dem eben geschilderten Fall besteht *kein Kausalzusammenhang* zwischen dem Unfall und der Schwindsucht. Das sollte erst recht Grund für die Praxis sein, auch ohne Vorbehalt – denn wer hätte an die Schwindsucht in diesem Zusammenhang denken können – von der Rentenpflicht zu entbinden.

Ob der unter VIII. gemachte Vorschlag große praktische Bedeutung

⁶⁸ V. Tuhr, OR allg. Teil, S. 84 Nr. 30.

hat, ist allerdings sehr fraglich; denn es wird selten sein, daß eine Folge eintritt, die nicht irgendwie wenigstens im Bereich des Möglichen gelegen hätte. Man dürfte halt das «Möglich» nicht allzu weit fassen.

Bei weitem wäre aber die Gesetzesrevision im obigen Sinne vorzuziehen.

§ 9 (Fortsetzung) *Die Abänderung von Schadenersatzurteilen bei Versorgerschaden*

Bei Versorgerschaden weist die Zukunftsprognose des Richters gegenüber derjenigen der andern Rentenurteilen eine *Besonderheit* auf. Man kann nämlich bei der Prognose hinsichtlich der Person des Versorgers später nicht feststellen, ob sie sich bewahrheitet hat oder nicht. Der Versorger ist ja bereits tot. Wenn man also Betrachtungen über seine Lebenserwartung anstellt, so geschieht das in dem Sinne, daß man sich fragt, wie lange wäre der Getötete Versorger gewesen, wenn er noch leben wü r d e. Daß es insofern nichts abzuändern gibt, leuchtet ohne weiteres ein.

Bei der Prognose bezüglich der Person des Berechtigten liegt wiederum der Normalfall vor: man sieht, ob sich die Prognose als richtig herausstellt oder nicht. Deshalb ist es insofern zu bedauern, daß bei OR 45/3 nirgends von einer Abänderungsmöglichkeit die Rede ist. (Vgl. auch EHG 2, MFG 41, PostVG 47.) Besonders dann wäre dies zu bedauern, wenn man glaubt, aus diesem Umstand *e contrario* zu OR 46/2 die Unabänderlichkeit ableiten zu müssen¹. In diesem Falle wäre eine Generalklausel in der Form von § 323 dZPO insofern zu begrüßen, als diese auch die Abänderung von Versorgerschadensrenten erfassen würde.

A. Das Problem wird besonders bei der Frage der *Wiederverheirung* der Witwe des verstorbenen Versorgers akut. Doch bestehen daneben noch andere Möglichkeiten der unerwarteten Veränderung in der Person des Berechtigten².

Aus der neuen Ehe erwächst der Frau wiederum ein Unterhaltsanspruch. Wird eine Kapitalabfindung zugesprochen, so kalkuliert der Richter die Möglichkeit der Wiederverheirung in die Summe ein³.

¹ Im Hof, S. 142; Glarner, S. 37; Moser, S. 68.

² Der Versorgte kommt wieder zu Geld. Das würde sich speziell bei Geschwistern auswirken, denn da ist anzunehmen, daß der Versorger nicht mehr weiter geleistet hätte, oder wenigstens nicht mehr in dem Umfange.

Wie im allgemeinen, so ist auch hier die Abänderung der Aversalsumme ausgeschlossen^{3a}.

Für Urteile, welche den Versorgerschaden in *Rentenform* ausgleichen, gilt nach *BGE 36 II 87* folgende *Praxis*:

Es wurde aus «Erwägungen praktischer und ethischer Natur» die Aufnahme eines Rektifikationsvorbehaltes abgelehnt. Hingegen wurde schon im ersten Urteil vorgesehen, daß bei Wiederheirat eine Kapitalabfindung im dreifachen Betrage einer Jahresrente Platz greifen solle⁴.

Diese Lösung ist nicht zu billigen! Wie Oftinger sagt⁵ – und ich kann mich dieser Meinung nur anschließen –, ist das «Risiko eines neuen Prozesses», welches das Bundesgericht die Lösung des Rektifikationsvorbehaltes verwerfen läßt, «kein durchschlagender Gegengrund». Im Gegenteil wird m. E. das Mißliebige jenes zweiten Prozesses – welcher Prozeß ist nicht ohne Unangenehmes! – durch die viel subtilere Lösung des Vorbehaltes i. S. einer Herabsetzung oder Aufhebung entsprechend der effektiven Lage durch die Wiederverheiratung aufgewogen^{5a}.

Daß die oben angeführte Praxis viel zu schematisch und grob ist, ergeben die folgenden Überlegungen: Zunächst kann es vorkommen, daß der neue Gatte gar nicht in der Lage ist, einen Unterhaltsbeitrag zu leisten. In diesem Falle bleibt der Versorgerschaden aus der ersten Ehe nach wie vor der gleiche. Sollte die Witwe selbst ihren nunmehrigen Gatten zu unterstützen haben, so kann der pflichtige Dritte dafür allerdings nicht aufkommen müssen, denn dazu ist der Kausalzusammenhang m. E. nicht mehr adäquat.

Wird hingegen umgekehrt durch die neue Heirat die finanzielle Stellung der Frau wieder die gleiche wie früher oder gar noch besser, so besteht für die Frau gar kein Schaden mehr, und die Kapitalabfindung im dreifachen Betrag einer Jahresrente ist des Guten zu viel.

Im Ergebnis muß festgehalten werden, daß bei Versorgerschaden speziell der Witwe im Falle ihrer Wiederverheiratung auch ohne aus-

³ Vgl. Oftinger, S. 185 ff.

^{3a} Oftinger, S. 187: bei Kapitalabfindung sei die Abänderung ausgeschlossen.

⁴ Diese weitverbreitete Praxis hat z. B. in KUVG 88 ihren positivrechtlichen Niederschlag gefunden.

⁵ a. a. O. S. 187.

^{5a} Am besten ist es wohl, wenn die Möglichkeit der Wiederverheiratung im ersten Urteil ganz offen gelassen und in keiner Weise in Rechnung gestellt wird, damit nicht der geringste Einfluß auf den diesbezüglichen Willen der Witwe ausgeübt werden kann. So: Oftinger, S. 186; BGE 36 II 84; 54 II 297.

drückliche Abänderungsnorm die Abänderungsmöglichkeit gegeben sein sollte und zwar im Sinne einer «Nur-Herabsetzung»⁶.

Es wäre zu begrüßen, wenn sich die Praxis dazu durchringen könnte. Wenn Moser⁷ sagt: «Rechtfertigt sich überhaupt ein derartiges Institut (gemeint ist der Rektifikationsvorbehalt) mit Rücksicht auf die *Prozeßkosten*?», so ist das bedenklich! Ferner: «Oder ist es nicht viel besser und weniger willkürlich, wenn mit dem einen Prozeß die Streitfrage aus der Welt geschafft wird?» M. E. ist es *umgekehrt*: gerade diese stereotype Wendung, welche so sehr nach Vogel-Strauß-Politik aussieht und gleichzeitig die Gerichte entlasten würde, ist in ihren Auswirkungen willkürlich; denn dadurch wird dem Durchbruch des materiellen Rechts ein Riegel geschoben. Wie wir im I. Teil gesehen haben, ist es ja so, daß trotz des Urteils der subjektive Schadenersatzanspruch erst im Moment des effektiven Tatsacheintrittes *entsteht*⁸. In concreto: wenn die Frau einen reicheren Mann als vorher heiratet (oder wenn sie früher stirbt, als der Richter in seiner Prognose annahm, falls er dies nicht offen ließ, was bei Rentenform ja regelmäßig der Fall sein wird), so *entsteht* überhaupt gar *kein Schadenersatzanspruch* mehr – trotz des Urteils. So besteht *formell* (aus dem Urteil fließend) ein Schadenersatzanspruch im dreifachen Betrag der Jahresrente, während er materiell gleich Null ist.

Der Richter hätte im Falle der zu begrüßenden Praxisänderung als Rechtssetzender eine echte *Lücke* zu füllen. Eine Lücke liegt aber nur vor bezüglich der Punkte: ausdrücklicher Vorbehalt im Urteil, Voraussetzung der *wesentlichen* Veränderung gegenüber der Prognose und Nicht-Rückwirkung und ferner: Ausschluß der Abänderung bei Kapitalabfindung, *nicht* aber in Hinsicht auf die Abänderungsmöglichkeit als *solche* bei Rentenform, denn diese ist, wie uns ebenfalls der erste Teil zeigte⁹, an sich auch ohne Abänderungsnorm möglich.

B. Bei der Veränderung der äußeren Umstände, bzw. bei Geldentwertung sollte eine Anpassung der Rente an ihren früheren Wert m. E. unbedingt möglich sein. Begrüßen würde man es, wenn diese Anpassung auch ohne speziellen Vorbehalt möglich wäre, da man

⁶ Vgl. die «Nur-Herabsetzung» bei ZGB 153/2 und das in § 10 dazu Gesagte.

⁷ S. 69.

⁸ § 4 I E 1.

⁹ § 4 I D.

ja sonst sorgfältigerweise in j e d e s Urteil den Vorbehalt aufnehmen müßte.

Ist schon bei Renten aus ZGB 152 eine Anpassung zu propagieren¹⁰, so erst recht hier, wo es sich nicht um eine Billigkeits-, sondern eine Schadenersatzleistung handelt. Über die V o r a u s s e t z u n g e n der Anpassung siehe das zu ZGB 151 in diesem Zusammenhang Gesagte¹¹. Doch hier schon: Untersuchen muß man natürlich, ob der Versorger im konkreten Fall selbst nominell mehr geleistet hätte. Dabei ist zu berücksichtigen, daß in der Lohn-Preis-Spirale der Lohn hintendrein hinkt. Auf längere Sicht gesehen ist es aber doch so, daß der Versorger regelmäßig zahlenmäßig mehr hingibt, da sein Lohn m i t d e r Z e i t eben doch, wenn vielleicht nicht wertmäßig, so doch ziffernmäßig mehr beträgt.

§ 10 Die Nur-Herabsetzung des Artikels 153/2 ZGB

Einleitend sei wiederholt, daß die Frage, ob ein Rentenurteil nur in einer Richtung abgeändert, bzw. hier nur herabgesetzt werden könne, eine rein m a t e r i e l l - r e c h t l i c h e ist¹. Schade, daß es im deutschen Recht nirgends eine Nur-Herabsetzung gibt. Uns würde nämlich sehr interessieren, wie die rein prozessuale Billigkeitstheorie diese Erscheinung in ihr Gehäuse eingebaut hätte².

Wir müssen materiell-rechtlich so weit ausholen, daß wir in der Lage sind, die Nur-Herabsetzung zu erklären. Bei der interessanten Frage der «Erhöhung» der Unterhaltsrenten im Sinne einer Anpassung an die ständige Geldentwertung wird eine der Praxis widersprechende Ansicht im Sinne einer Bejahung – allerdings unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen nur – vertreten werden. Bezüglich der analogen Anwendung von ZGB 153/2 auf Entschädigungsrenten wird im nächsten Paragraphen die Rede sein.

A. Allgemein.

Zunächst müssen wir uns überlegen, ob das Nicht-Erwähnen der Heraufsetzung in ZGB 153/2 eine Gesetzeslücke darstellt, da in jenem Artikel nur von aufheben oder herabsetzen die Rede ist. Die Auslegung

¹⁰ Vgl. § 10 B 2.

¹¹ Vgl. § 11.

¹ Vgl. § 4 II C.

² Vgl. gleich anschließend.

wird uns zum Ergebnis führen, daß keine Lücke im Gesetz vorliegt.

Hier zeigt sich deutlich, wie verfehlt die reine prozessuale Betrachtungsweise ist. Vom Prozeßrecht her gesehen liegt nämlich kein Grund vor, weshalb nicht auch erhöht werden sollte. So gesehen müßte man m. E. *per analogiam* zu den übrigen Abänderungsklagen zur Annahme einer echten Gesetzeslücke gelangen und diese im Sinne einer Auch-Heraufsetzung ausfüllen.

In Wirklichkeit ist aber die Heraufsetzung *absichtlich* ausgeschlossen³. Folgende materiell-rechtliche Überlegung führt uns zu diesem Schluß: Während z. B. bei den Alimenten das Vater-Kind-Verhältnis weiter besteht, hat hier das Ehe-Verhältnis mit der Scheidung aufgehört. Wenn der Gesetzgeber sonst ganz allgemein die Abänderung statuiert, hier aber nur die Herabsetzung normiert, so hat das seinen guten Grund. So gesehen kommt man zu einer Auslegung im Sinne des *argumentum e contrario*⁴.

Das Eheverhältnis – das einmal bestand – kann nur so weit seine Nachwirkungen haben, als daß der unschuldige Geschiedene durch die Scheidung nicht in große Bedürftigkeit, d. h. in eine Notlage geraten soll. Darüber hinaus muß der Pflichtige nicht sorgen: so kann man ihn z. B. nicht für nach der Scheidung auftretende Krankheit in Anspruch nehmen⁵. Die Leistung, die ja eine reine Billigkeitsleistung ist – auch der unschuldige, z. B. der geisteskranke Ehegatte kann herangezogen werden⁶ – muß nach oben eine Grenze finden. So wie sie eben im Sinne der Nur-Herabsetzung gezogen wurde, leuchtet ein und ist nicht unbefriedigend.

Als Fazit aus dem Gehörten können wir folgenden Schluß ziehen: Für die Frage der *Auslegung* der Abänderungsnorm ist m. E. die *theoretische* Einstellung: prozessuale Frage (Billigkeitstheorie) oder materiell-rechtliche Norm von ausschlaggebender *praktischer* Bedeutung.

Über das Verhältnis von ZGB 151 zu ZGB 152 ist noch zu sagen, daß nach der Praxis ZGB 152 eine *Ergänzung* zu ZGB 151 bil-

³ Keine Heraufsetzung ist eine schon zum vornherein gestaffelte Rente im Sinne eines Höherwerdens der Raten für eine gewisse Zeit.

⁴ BGE 51 II 18; Egger, Art. 153 Nr. 8.

⁵ BGE 51 II 17; Egger, Art. 152 Nr. 2.

⁶ Egger, Art. 152 Nr. 4.

det⁷. Wenn aus ZGB 151 keine oder eine zu geringe Entschädigung fließt, welche eine durch die Scheidung entstehende Notlage nicht deckt, kommt ZGB 152 zum Zug.

B. 1. Zunächst ist ZGB 153/2 für den Pflichtigen eine Handhabe, um die Rente für den Fall herabzusetzen, daß sich die Vermögensverhältnisse verändern, sei es, daß der Berechtigte weniger bedürftig wurde, daß der Pflichtige selbst die Rente nicht mehr tragen kann, sei es endlich, daß ein allgemeines Steigen der Kaufkraft des Geldes um sich gegriffen hätte.

2. Dann gibt es aber noch den Fall, daß durch *das Sinken der Kaufkraft des Geldes* – also durch eine äußere, nicht in der Person liegende Veränderung – erneute Bedürftigkeit entsteht. Zwar haben wir unter A. festgestellt, daß ZGB 153/2 eine Erhöhung der Rente nicht Platz greifen läßt. Doch kann man hier m. E. nicht starr und formal am Wortlaut haften bleiben. Leider ist es bekanntlich so, daß ein bestimmter Geldbetrag nach ein paar Jahren nur noch einen Bruchteil des Wertes darstellt, den er vorher hatte. Das kann dazu führen, daß eine Billigkeitsrente, welche viele – oder manchmal sogar nur einige – Jahre geschuldet wird, mit der Zeit nur noch die Hälfte und noch weniger wert ist, als am Anfang. Wenn die Rente aus ZGB 152 schon eine Billigkeitsleistung ist, so soll sie auch wirklich billig, d. h. auch in dieser Hinsicht billig sein.

Mit diesem Wunsch allein ist es jedoch noch nicht getan. Man muß vielmehr untersuchen, ob der *Sinn*, welcher hinter dem Wortlaut von ZGB 153/2 steckt, eine Erhöhung bei Geldentwertung zuläßt⁸.

Über die eben gehörte Frage erging in *BGE 51 II 15 ff.* ein grundlegender Entscheid, welcher durch BGE 77 II 23 in neuester Zeit bestätigt wurde. Dem Bundesgericht kann hier jedoch nicht gefolgt werden.

Um unser Ziel zu erreichen, müssen wir etwas breit vorgehen, doch wird erst durch die so erhaltene Übersicht der Boden für die nötigen *Differenzierungen* geschaffen.

ad 1.⁹ a) Die Verbesserung der Lohnverhältnisse usw. des Pflichtigen ist (allein) kein Grund für eine Erhöhung der Bedürftigkeitsrente¹⁰.

⁷ Wäsch, S. 67; BGE 60 II 391.

⁸ Vgl. auch die Anpassung der *Alimente* an die teurere Lebenshaltung durch Geldentwertung: § 12 II.

⁹ Vgl. oben.

¹⁰ So richtig: BGE 51 II 19.

b) Erneute Bedürftigkeit des Berechtigten, z. B. durch Krankheit berechtigt ebenfalls – wie bereits angeführt – nicht zu einer Herabsetzung¹¹.

a) und b) lassen sich aus den unter A. erwähnten Gründen rechtfertigen und sind nicht nur dem Wortlaut, sondern auch der *r a t i o* von ZGB 153/2 entsprechend.

Ganz etwas anderes ist aber das Folgende.

ad 2. *Sinken der Kaufkraft des Geldes*. Es müssen bestimmte *Voraussetzungen* erfüllt sein:

a) Erneute Bedürftigkeit des Berechtigten, welche durch das Sinken der Kaufkraft des Geldes bedingt ist und nur durch diese, nicht etwa durch spätere Krankheit oder andere in der Person liegende Umstände (vgl. ad 1. b).

b) *Weiter* muß dazu kommen, daß die Verhältnisse des Pflichtigen eine Erhöhung ertragen, d. h., daß die Rente auch dann noch einen «seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag» – ZGB 152 – darstellt.

Das ist auf verschiedene Weise möglich. Einmal kann der *L o h n* des Pflichtigen eine Anpassung an den jetzigen Wert des Geldes, d. h. eine nominelle Erhöhung erfahren. Darüber hinaus ist aber auch eine wirklich wertmäßige Erhöhung des Lohnes, d. h. eine Lohnaufbesserung im eigentlichen Sinne möglich. Ist jedoch weder das eine noch das andere der Fall und wurde die Rente *z u d e m* maximal bezüglich der Vermögensverhältnisse des Pflichtigen bemessen, so muß man zugeben, daß der Pflichtige genau so wie der Berechtigte unter der Geldentwertung leidet und eine erhöhte Rente seinen Vermögensverhältnissen *n i c h t m e h r e n t s p r e c h e n* würde.

Darüber hinaus ist aber – ganz unabhängig davon, ob der Pflichtige nun «mehr» verdient oder nicht – eine Erhöhung der Rente dann zu propagieren, wenn seinerzeit die Rente gar nicht maximal berechnet wurde hinsichtlich der Lage des Pflichtigen, will heißen, wenn eine erhöhte Rente heute seinen Vermögensverhältnissen immer noch entsprechend wäre.

Zu der Anpassung des Lohnes ist noch zu bemerken, daß in der Preis-Lohn-Spirale der Lohn erfahrungsgemäß hintendrein hinkt. Doch ändert das nichts daran, daß *a u f l a n g e S i c h t* regelmäßig auch der Lohn steigt. Nichts liegt uns auch so fern, einer ständigen Erhöhung

¹¹ So richtig: BGE 51 II 18.

das Wort reden zu wollen. Nein! Nur wenn über einige oder gar viele Jahre¹² das Geld so entwertet wurde, daß man in der Tat von erheblicher Veränderung der Verhältnisse reden kann und eine Erhöhung andererseits den Vermögensverhältnissen des Pflichtigen entsprechen würde, wäre entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes eine wertmäßige Anpassung der Bedürftigkeitsrenten zu begrüßen.

Damit ist auch gerade das Stichwort gefallen: *Wertmäßige Anpassung*. Das ist *keine Erhöhung im eigentlichen Sinne*. Durch die «Aufwertung» wird die Rente nicht eigentlich erhöht, sondern nur dem momentanen Geldwert angepaßt. Ohne ZGB 153/2 Gewalt anzutun, kann man m. E. sagen, diese Norm habe nur die eigentliche Erhöhung, nicht aber die wertmäßige Anpassung ausschließen wollen¹³.

Das Bundesgericht hingegen ist mit der Argumentation, der Berechtigte wolle nur die «Schmälerung» der Rente nicht hinnehmen, nicht einverstanden. Auch Wäsch¹⁴ nicht, der einfach die Argumente des Bundesgerichtes übernimmt. Unser oberstes Gericht vertritt die Meinung¹⁵, der Pflichtige schulde dem Berechtigten nicht den Unterhalt¹⁶, sondern nur einen Beitrag an den Unterhalt, welcher, wenn er in Geld zu leisten ist, «eine gewöhnliche Geldschuld darstellt, deren Höhe nicht anders als durch Bezifferung der zu bezahlenden Geldsumme bestimmt werden kann, also durch jede Veränderung in der Bezifferung dieser Geldsumme verändert wird». Nur für den Fall einer Abwertung im eigentlichen Sinne – Herabsetzung des Feingehaltes des Währungsgeldes – könne man vielleicht annehmen, eine ziffernmäßig höhere Geldsumme stelle nicht auch (wertmäßig) eine größere Leistung dar.

Diese Argumentation mit der «gewöhnlichen Geldschuld» kann nicht hingenommen werden! Mir scheint gerade keine «gewöhnliche»

¹² So wurde z. B. ein Alimenterurteil aus dem Jahre 1907 neun Jahre später, also 1916 angepaßt. BIZR 17 Nr. 17. Vgl. auch § 12 II.

¹³ Wenn der Richter eine zukünftige Geldentwertung schon im ersten Urteil einkalkulierte, z. B. in Form einer gestaffelten Rente, und die Lebenssteuerung in der gleichen Kurve verläuft, wie der Richter prognostizierte, so gibt es natürlich nichts abzuändern. Die Frage, ob der Richter die Geldentwertung als vorausschbar im ersten Urteil berücksichtigen muß, möchte ich verneinen, da zumindest der Grad der Entwertung doch immer sehr ungewiß ist.

¹⁴ S. 57.

¹⁵ BGE 51 II 20.

¹⁶ Oder einen Teil desselben.

Geldschuld vorzuliegen. Darunter würde ich eine solche *ex contractu* verstehen, welcher ein abgeschlossener Tatbestand zu Grunde liegt¹⁷. Bei unseren Renten liegt aber gerade «außergewöhnlicherweise» kein abgeschlossener Tatbestand vor, im Gegenteil: der Anspruch entsteht ja erst *pro rata temporis* – wie wir immer wieder sahen –, d. h. mit andern Worten, daß der Anspruch *im Urteil* zwar bereits fixiert wurde (obschon er noch gar nicht bestand damals), *materiell* aber in Wirklichkeit ziffernmäßig *höher (erst) entsteht*, d. h. nominell so hoch besteht, daß er auch wertmäßig der effektiven Lage bzw. Bedürftigkeit *entspricht*. Wenn man also anpaßt, so tut man nichts anderes, als dem materiellen Anspruch zum Durchbruch zu verhelfen und dies in der Form, wie er *wirklich entstand* bzw. besteht.

Es wurde hier absichtlich von «anpassen» geredet. Von einer Aufwertung im eigentlichen Sinne¹⁸ könnte man nur dann sprechen, wenn der Feingehalt des Währungsgeldes herabgesetzt, d. h. im eigentlichen Sinn auch abgewertet wurde, wie dies am 26. September 1936 der Fall war. Damals wurde jedoch nicht aufgewertet, weil die Abwertung keine entsprechende Teuerung im Gefolge hatte und das Requisit der *wesentlichen* Veränderung nicht erfüllt war¹⁹.

Das Bundesgericht hat vielleicht selbst das Gefühl, daß die Begründung mit der «gewöhnlichen» Geldschuld nicht recht sitzen will. Deshalb gibt es noch einen zweiten Grund an.

Zunächst sagt das Bundesgericht zutreffend, daß die «Erhöhung» nicht schon allein aus dem Sinken der Kaufkraft gerechtfertigt werden könnte, sondern nur, wenn auch auf Seiten des Pflichtigen die Voraussetzungen erfüllt seien^{19a}. Aber nun die entscheidende Aussage: ZGB 153/2 schließe eine solche Erhöhung «*direkt*» aus. Sehr schön hat das Bundesgericht an sich die Begründung der Nur-Herabsetzung aus dem Nicht-Mehr-Bestehen der Ehe geliefert, doch geht es m. E. entschieden einen Schritt zu weit, wenn es diese Erkenntnis einfach auch auf den Tatbestand der Geldentwertung auszudehnen müssen glaubt²⁰.

¹⁷ Bei *ex-contractu* Leistungen kommt es auf den Wert nicht an, sondern nur auf den nominellen Geldbetrag. ZGB 2 vorbehalten.

¹⁸ BGE 51 II 19/20.

¹⁹ Vgl. Egger, Art. 328 Nr. 45; § 3 B III.

^{19a} Vgl. oben.

²⁰ Natürlich: wenn die Bedürftigkeitsrente eine «gewöhnliche Geldschuld» wäre, so könnte man in der Tat die Meinung vertreten wie das Bundesgericht. Der zweite Grund setzt also die Richtigkeit des ersten voraus, um überzeugen zu können.

Auch im *Ausland* wurde die Anpassung akut^{20a}.

C. Rektifikationsvorbehalt im Urteil selbst i. S. einer Erhöhung. Ein solcher Vorbehalt wird von der Praxis abgelehnt. Egger²¹ findet diese Praxis zu starr. M. E. muß man differenzieren:

a) Wenn der Vorbehalt allgemein gehalten ist, also auch bei Veränderungen in der Person des Berechtigten spielt, so scheint mir das eine vertragliche Verpflichtung zu sein, denn diejenige ex lege geht nicht so weit. Der Vorbehalt wirkt dann wie ein Feststellungsurteil in dem Sinne, daß der Pflichtige sich grundsätzlich zu weitergehenden vertraglichen Leistungen verpflichtet hat. Doch darf die Verpflichtung nicht zu weit gehen, auch die erhöhten Beiträge müssen noch der Vermögenslage entsprechen. Sonst müßte man in dem Vorbehalt u. U. eine Verletzung von ZGB 27 sehen, und der Vertrag wäre gemäß OR 20 nichtig. Angezeigt wäre deshalb eine obere Limite für die Erhöhung im Urteil selbst.

b) Auf alle Fälle sollte wenigstens der Vorbehalt für das Sinken der Kaufkraft zugelassen werden, denn eine «Aufwertung» drängt sich ohnehin schon ohne Vorbehalt auf²².

D. Wiederheraufsetzungsvorbehalt. Hier haben wir es mit einer begrüßenswerten Praxis zu tun, die wohl m. E. mit dem Wortlaut von ZGB 153/2 kollidiert, welche aber die ratio von ZGB 152 in V b. mit 153/2 noch als Äußerstes zuläßt²³.

Folgendes Beispiel diene zur Illustration: Eine geisteskranke Frau erhält Unterhaltsrenten aus ZGB 152. Sie wird wieder gesund und verdient ihr Leben nunmehr selbst. Der ehemalige Gatte verlangt Aufhebung. Es ist aber sehr wohl möglich, daß die Frau wieder interniert werden muß. Dann wäre sie wieder auf Beiträge angewiesen. Eine erneute Klage aus ZGB 153/2 zwecks erneuter Bedürftigkeitsrente ist aber ausgeschlossen. Deshalb wird durch das Bundesgericht ein aus-

^{20a} In *England* wurden sogar die Regelung der Unterhaltsrenten an Ehefrauen und eheliche Kinder von Gesetzes wegen an die Geldentwertung angepaßt und den Gerichten die Befugnis eingeräumt, die vor Erlaß des Gesetzes ergangenen Urteile in diesem Sinne abzuändern: Married Women (Maintenance) Act, 1949, 12, 13 und 14 Geo. VI. c. 99; vgl. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1952, S. 64.

²¹ Egger, Art. 153 Nr. 8; so auch Wäsch, S. 58.

²² Vgl. oben B.

²³ BGE 51 II 12; ZbJV 58, 594; SJZ 27, 268.

drücklicher Vorbehalt ins Urteil aufgenommen in dem Sinne, daß bei *Wiedereintreten* des alten Zustandes die Rente in alter Form wieder aufleben soll²⁴.

E. Eine Bedürftigkeitsleistung in Form einer *Kapitalabfindung* ist nicht abänderbar. Das geht aus dem Marginale «Rente» des Art. 153 ZGB hervor²⁵.

§ 11 Die Abänderung von Urteilen über Entschädigungsrenten aus ZGB 151

A. Im ZGB findet sich nirgends eine Abänderungsnorm, welche sich auf Art. 151 beziehen würde. Nur die Bedürftigkeitsrenten aus ZGB 152 werden durch Art. 153/2 ausdrücklich der Abänderung unterstellt. Es fragt sich deshalb, ob man *e contrario* zu ZGB 153/2 die Unabänderbarkeit der Entschädigungsrenten aus ZGB 151 folgern muß¹ (qualifiziertes Schweigen) oder ob man eine echte Lücke anzunehmen hat, welche dann im Sinne der Abänderbarkeit auszufüllen wäre. Doch ist diese Fragestellung einerseits zu wenig differenzierend und andererseits in gewisser Hinsicht gegenstandslos, wie wir gleich sehen werden.

Die systematische Auslegungsmethode müßte zur Negierung der Abänderungsmöglichkeit sämtlicher aus ZGB 151 fließenden Rentenansprüche führen. Absatz 1 von Art. 153 ZGB statuiert nämlich die Aufhebung der Renten aus ZGB 152 u n d 151 bei Wiederverheiratung des Berechtigten, während Abstz 2/ZGB 153 die gewöhnliche Abänderungsklage n u r für die Bedürftigkeitsrenten aus ZGB 152 vorsieht². So gesehen muß man zugeben, daß das Nicht-Erwähnen der Entschädigungs- und Genugtuungsrente in ZGB 153/2 als ein qualifiziertes Schweigen im Sinne der Unabänderbarkeit auszulegen ist. Und doch stimmt dieses scheinbar zwingende Ergebnis nicht absolut – ohne daß dadurch ZGB 153/2 verletzt würde. Das Ergebnis stimmt insofern nicht, als die Praxis auch aus ZGB 151 Unterhaltsrenten zuspricht: als Entschädigung für verlorenen Unterhaltsanspruch aus ZGB 160/2³.

²⁴ Fall in BGE 51 II 12 f.

²⁵ Egger, Art. 153 Nr. 3; Vgl. ausführlich § 4 I E 2.

¹ Wie das Wäsch, S. 65 ff. tut; vgl. auch die alte Praxis des Bundesgerichtes unten B 1.

² Vgl. BGE 71 II 10.

³ BGE 60 II 391; Prax. 2 Nr. 102 und 24, 116. Weiß, Nr. 1251; Wäsch, S. 69. Vgl. auch Sten.Bull. 15, 633.

Diese Entschädigung wird unter «Beeinträchtigung der Vermögensrechte» subsumiert.

Die gesetzliche Regelung ist, wie das Bundesgericht sagt⁴, *unvollständig*. Das muß auch Wäsch zugeben⁵. Er sagt nämlich, der Gesetzgeber hätte als Marginale zu ZGB 152 nicht einfach «Unterhalt», sondern «Unterhalt infolge Bedürftigkeit» wählen sollen⁶, um damit zu erkennen zu geben, daß er in ZGB 152 nur eine Art der Unterhaltsleistungen regeln wollte. Diese Aussage gilt es für uns folgendermaßen zu verwerten: Geht man unbefangen an die Auslegung von ZGB 151, so muß man rein nach der systematischen Auslegung zum Schluß kommen, daß durch das Marginale-Gegensatzpaar: Entschädigung und Genugtuung (ZGB 151) – Unterhalt (ZGB 152) die Frage des Unterhaltes in ZGB 152 abschließend geregelt ist und bei 151 nicht für verlorenen Unterhalt Ersatz zu leisten ist. Die Praxis ist aber gerade konträr, wie wir wissen⁷, denn sie hat ZGB 152 zu einer *Ergänzung* von ZGB 151 gemacht und die Entschädigungsrente aus ZGB 151 erfaßt zum größten Teil den Verlust des Unterhaltes⁸.

In diesem Moment ist es einleuchtend, daß man, kann man schon bei der grundsätzlichen Rentenregelung die systematische Auslegung nicht gebrauchen, auch bei der Frage der AK nicht an dieser Auslegungsmethode festhalten kann. Deshalb kann man auch nicht darauf insistieren, daß der Gesetzgeber in Abs. 2/ZGB 153 nur die Abänderung der Bedürftigkeitsrente statuierte⁹.

Da nun einmal die Praxis bezüglich der grundsätzlichen Rentenregelung so ist, wie eben geschildert wurde, so gilt es auch daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Und in der Tat: die Praxis hat aus ihrer eigenen Praxis die Konsequenzen gezogen und ändert ab¹⁰, mit der Maßgabe: nur soweit Ersatz für verlorenen Unterhalt zugesprochen wurde, im übrigen ist das Urteil aber unabänderbar.

Daß z. B. die Rente, insofern sie eine Genugtuungsleistung darstellt,

⁴ BGE 71 II 11.

⁵ S. 70.

⁶ S. 70.

⁷ Vgl. schon § 10 A. Die Richtigkeit dieser Praxis wurde allerdings immer wieder bezweifelt. BGE 60 II 391.

⁸ Wäsch, S. 69.

⁹ Wie dies Wäsch, S. 65 ff. tut.

¹⁰ Vgl. B 2, 3, 4.

nicht abänderbar ist¹¹, ist leicht einzusehen, liegt doch beim tort moral ein abgeschlossener Tatbestand vor. In diesem Zusammenhang gilt es noch einen Irrtum Wäschs abzuklären. Er sagt nämlich¹², daß der Unterhaltsanspruch aus ZGB 151 den gleichen Entstehungsgrund habe, wie alle übrigen Ansprüche aus diesem Artikel, folglich auch wie diese unabänderbar sein müsse. Mit dem gleichen Entstehungsgrund meint Wäsch wohl das Verschulden. (Um das noch nachzuholen: nur der [relativ] Schuldige kann vom [relativ] Unschuldigen aus ZGB 151 belangt werden, handelt es sich doch um Schadenersatzleistungen für deliktische Handlungen¹³.) Das Verschulden ist aber nur eine Voraussetzung für das Entstehen eines Schadenersatzanspruches. Die Höhe dieses Anspruches ist abhängig von der Höhe des Schadens, was Wäsch zu übersehen scheint. Bezüglich der Höhe des Schadens liegt aber ein zukünftiger Tatbestand vor, während bei dem Genugtuungsanspruch der Tatbestand bereits abgeschlossen ist¹⁴. Letzterer ist der Idee nach absolut bestimmt und bereits entstanden, während der Ersatzanspruch für verlorenen Unterhalt im Sinne der Ausführungen des I. Teiles der Idee nach nur relativ bestimmt ist¹⁵ und erst in Zukunft mit dem entsprechenden Tatsacheintritt, will heißen *pro rata temporis* entsteht¹⁶.

Es besteht also entgegen der Ansicht Wäschs innerlich ein grundlegender Unterschied, welcher zu einer verschiedenen rechtlichen Behandlung Anlaß geben muß.

Zur Frage der *Lückenfüllung* ist Folgendes zu sagen¹⁷. Das Bundesgericht wendet ZGB 153/2 in einschränkender Weise analog an. Doch gilt es m. E. hinsichtlich der grundsätzlichen Abänderungsmöglichkeit überhaupt gar keine Lücke zu füllen, denn wie wir im I. Teil sahen, ist die Abänderungsnorm keine Billigkeitsausnahme von der Rechtskraft und die grundsätzliche Abänderungsmöglichkeit besteht auch ohne spezielle Abänderungsnorm¹⁸. Nur hinsichtlich der Ausgestaltung der AK muß eine Lücke gefüllt werden. Dazu

¹¹ BGE 71 II 13. Insofern ist auch Wäsch recht zu geben. (S. 65 ff.)

¹² S. 70.

¹³ Vgl. die Kommentare zu ZGB 151.

¹⁴ Und es braucht keine Zukunftsprognose.

¹⁵ Vgl. § 2 I 2 b β).

¹⁶ Vgl. § 4 I E 1 und § 8 III B a).

¹⁷ Vgl. das schon zu OR 45/3 Gesagte. § 9 A.

¹⁸ Vgl. § 4 I D.

gehören analog zu den übrigen Abänderungsklagen, bzw. nach den allgemeinen Grundsätzen und Regeln die Voraussetzung der wesentlichen Veränderung gegenüber der Prognose und die Nicht-Rückwirkung¹⁹. Im Speziellen aber muß ZGB 153/2 konsultiert werden. Gilt die Nur-Herabsetzung analog? Kann schon bei Besserung der Lage des Berechtigten abgeändert werden, oder erst bei Verschlechterung der Lage des Pflichtigen? Und zum Letzteren wiederum: Kann bei jeder Verschlechterung geklagt werden, oder nur dann, wenn diese bestimmte Gründe hat?

Auf diese Fragen werden wir unter B. Antwort erhalten.

B. *Die Entwicklung der Praxis. Kritik und Vorbehalte.*

1. *Alte Praxis.* Diese erklärte sämtliche Renten aus ZGB 151 für *u n a b ä n d e r b a r*, obschon schon damals Ersatz für verlorenen Unterhaltsanspruch aus ZGB 160/2 gewährt wurde. Die Möglichkeit eines eventuellen Kleinerwerdens des Lohnes des Pflichtigen mußte dann im ersten Urteil einkalkuliert werden.

Prax. 2 No 102 (1913); ZbJV 49, 645; vgl. SJZ 26, 153.

2. *Praxisänderung.* BGE 60 II 391. Die absolute Unabänderbarkeit wurde als zu kategorisch empfunden. Zwar mußte noch ein ausdrücklicher *R e k t i f i k a t i o n s v o r b e h a l t* im Urteil selbst stehen. Als weitere Voraussetzung wurde *g ä n z l i c h e* Veränderung der Verhältnisse verlangt (nicht nur wesentliche) und dazu mußte eine Einschränkung der eigenen Lebensverhältnisse und derjenigen der Familie eintreten. Wie es sich damit verhält, werden wir allerdings noch weiter unten zu überprüfen haben.

Vgl. auch Prax. 24, 116; Weiß, Nr. 1251.

3. *Interimistische Praxis.* 68 II 4. In diesem Urteil hat das Bundesgericht den Gerichten empfohlen, statt zwei Renten aus ZGB 151 und 152 nur *e i n e* aus ZGB 152 zuzusprechen und diese aus der Konkurrenz von ZGB 151 entsprechend zu erhöhen, um damit den *g a n z e n* Rentenbetrag unter die Abänderungsnorm von ZGB 153/2 zu bringen. Das Ergebnis als solches ist begrüßenswert, der Weg, der dazu führte, m. E. juristisch unbefriedigend. Warum auch Abwege beschreiten? Das Bundesgericht hat dies selbst eingesehen und ging zur folgenden Praxis über.

4. *Heutige Praxis des Bundesgerichtes.* BGE 71 II 7. Das Bundes-

¹⁹ Vgl. § 4 II A.

gericht setzt heute die Renten aus ZGB 151, sofern sie Ersatz für verlorenen Unterhalt darstellen, herab, auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Urteil.

Dabei wird aber durchaus richtig nicht schon bei Verminderung der Bedürftigkeit des Berechtigten herabgesetzt, sondern nur bei Verschlechterung der Lage des Pflichtigen, ZGB 153/2 nicht einfach tale quale übertragen, sondern im eben genannten Sinne eingeschränkt. Die gänzliche Veränderung der Verhältnisse wurde zur wesentlichen Veränderung abgeschwächt.

Dennoch kann diese Praxis nicht vorbehaltlos gebilligt werden. M. E. sind Differenzierungen notwendig. Die Differenzierungen ergeben sich daraus, daß man m. E. als Richtschnur für die Höhe des Schadenersatzes diejenigen Verhältnisse nehmen muß, die dann Platz gegriffen hätten, wenn die Ehe noch weiter bestanden hätte, also nicht durch die Schuld des Pflichtigen zersprungen wäre. So nur läßt sich der Schaden ermitteln, wie er wirklich dem Berechtigten erwächst.

Die eben gemachten Aussagen führen zu der beachtlichen Einschränkung, daß die Rente nicht deshalb herabgesetzt werden kann, daß der geschiedene Ehemann nunmehr eine zweite Frau unterhalten muß und dadurch seine Lage sich verschlechtert. Nur wenn der Mann später weniger verdient oder infolge Krankheit keinen Lohn mehr erhält, liegt eine zu beachtende Verschlechterung vor. In diesem Fall hätte sich die Frau bei Fortbestehen der Ehe auch einschränken müssen – außer es wäre viel Vermögen vorhanden gewesen. Diese Art der Verschlechterung ist ein Herabsetzungsgrund, denn sonst würde die Frau ja aus dem Umstand, daß sie nicht mehr verheiratet ist, geradezu profitieren.

Diese eben angestellten Differenzierungen sind in BGE 71 II 7 noch offen, denn der Pflichtige muß zwar eine neue Familie unterhalten, bezieht aber andererseits keinen Lohn mehr.

Dennoch ist hinter diesen Entscheid in gewisser Hinsicht ein Fragezeichen zu setzen. Es wurde nämlich die Rente, insofern sie Ersatz für verlorenen Unterhalt darstellte, vollumfänglich aufgehoben. Wenn man aber bedenkt, daß der Mann seine neue Familie auch ohne Lohnbezug durchbringt, so muß man sagen, daß er, wäre er noch mit der ersten Frau verheiratet, diese auch ohne Lohn noch hätte unterhalten können. Folglich ist es m. E. nicht korrekt, diesen (Unterhalts-)Teil der Rente ganz aufzuheben. Man hätte ihn nur soweit herabsetzen sollen, als der Mann durch den Lohnausfall effektiv in seiner Leistungsfähigkeit geschwächt ist.

5. *Ein zürcherischer Entscheid.* (BlZR 46 Nr. 70.) Die Entschädigung für verlorenen Unterhalt sei bestimmt, die finanziellen Nachteile, die durch die Scheidung entstehen, auszugleichen. Kann die geschiedene Frau aber Vorteile daraus ziehen – indem jetzt ihre Arbeitskraft frei wird und sie sogar mehr verdient als ihr ehemaliger Gatte –, so verliere die Unterhaltsrente ihren Sinn.

Dieser Zürcher Entscheid steht im Gegensatz zu der Praxis des Bundesgerichtes. Dieses setzt ja nur bei Verschlechterung der Lage des Pflichtigen und nicht schon bei Besserung derjenigen des Berechtigten herab. So gesehen verliert auch die Rente aus ZGB 151 ihren Entschädigungscharakter und wird zur reinen Unterhaltsrente.

Die hier beschriebene Praxis ist deshalb zu verwerfen. Und doch: eine Maßgabe muß hinzugefügt werden. Gelingt dem Mann der Nachweis, daß die Frau auch bei Fortbestehen der Ehe ihren nunmehrigen Beruf ergriffen hätte, so ist die Rente m. E. herabzusetzen, insofern die Frau nun selbst an ihren Unterhalt beigetragen hätte.

Die Frau soll weder besser noch schlechter dastehen, als wenn die Ehe noch bestehen würde.

C. *Nur-Herabsetzung?* Nach all dem Gesagten muß zum Schluß noch untersucht werden, ob es haltbar ist, die Unterhaltsentschädigungsrente analog ZGB 1953/2 nur herabzusetzen. Bei ZGB handelt es sich um eine reine Billigkeitsleistung, deren Begrenzung im Sinne der Nur-Herabsetzung durchaus verständlich ist^{19a}. Bei ZGB 151 geht es aber um Schadenersatz. Dieser entsteht mit dem effektiven Schadenseintritt in der entsprechenden Höhe pro rata temporis²⁰. Wurde also eine beachtliche Verbesserung der finanziellen Stellung des Pflichtigen nicht schon im ersten Urteil als voraussehbar in Rechnung gestellt, so ist m. E. das Urteil im Sinne einer Heraufsetzung abzuändern, denn die Frau hätte nun, würde die Ehe noch bestehen, einen größeren Unterhaltsanspruch, als wie dies im Urteil für diese Zeit vorausgesehen wurde, bzw. der materielle, wirkliche Schadenersatzanspruch entsteht größer, als dies im Urteil vorausgesehen wurde.

Es wäre deshalb eine «Auch-Heraufsetzung» zu begrüßen. Diese wäre nichts anderes als ein gerechtes Äquivalent zur Herabsetzung. Durch die Nur-Herabsetzung wird nämlich m. E. die Rechtsgleichheit verletzt, indem der Pflichtige einseitig bevorzugt wird

^{19a} Vgl. § 10 A.

²⁰ Vgl. § 8 III B a) und § 8 Nr. 59. (Von Tuhr, OR, allg. Teil, S. 84 Nr. 30.)

bei ZGB 151 (während bei ZGB 152 man das der Billigkeitsleistung halber nicht sagen kann).

§ 12 Die übrigen Fälle

I. ZGB 157

a) Über die Frage, ob neben dem Richter auch die Vormundschaftsbehörde in gewissen Fällen eingreifen kann, wurde bereits geschrieben¹. Durch die Möglichkeit des vormundschaftlichen Eingriffes werden die Kinder aus geschiedener Ehe erst in fürsorglicher Hinsicht den übrigen (ehelichen) Kindern gleichgestellt.

Z. B. folgender Fall: der Ehegatte, dem die Kinder zugeteilt wurden, vernachlässigt gröblich seine Pflichten. Der andere Gatte ohne elterliche Gewalt kümmert sich aber nicht darum und erhebt keine AK auf Entzug der elterlichen Gewalt des andern. Zwar hat nach ZGB 157 auch die Vormundschaftsbehörde ein Klagerecht, doch ist damit nicht gedient. Hier zeigt sich deutlich, daß ein *r a s c h e s* Handeln der Vormundschaftsbehörde sich aufdrängen kann.

Dadurch wird aber das Urteil des Richters (bzw. die richterliche Unabhängigkeit) nicht im geringsten tangiert, denn wie wir im I. Teil lernten, wird durch einen zweiten Entscheid bei Veränderung – allerdings unvorhergesehener – gegenüber der Prognose die Rechtskraft des ersten Urteils und somit auch die richterliche Unabhängigkeit nicht verletzt². Darauf, daß der zweite Entscheid ein Urteil oder ein Verwaltungsakt ist, kann es natürlich nicht ankommen.

b) Als interessant gilt es noch zu vermerken, daß ZGB 156 einerseits von *Kinderzuteilung* und *Besuchsrecht* handelt und andererseits von *Beiträgen*, d. h. *Geldleistungen*. Insofern es sich bei ZGB 156 um keine Geldleistungen handelt, statuiert also ZGB 157 die Abänderung eines *Nicht-Rentenurteils*. Durch § 323 dZPO würde die Abänderung eines solchen Nicht-Rentenurteils nicht erfaßt, da jene AK nur von *w i e d e r k e h r e n d e n* Leistungen spricht³.

c) Über die Nicht-Rückwirkung und die Voraussetzung der wesentlichen Veränderung vgl. § 5 I b 2 und II b.

¹ Vgl. § 3 B VIII und die dort zit. Lit., speziell: Vontobel; Egger, Art. 157 Nr. 2, 10, 11.

² § 4 I E.

³ Vgl. schon § 7.

II. ZGB 320

Hier geht es um die Abänderung der *Alimente*, welche der außereheliche Vater dem Kinde zahlen muß. Vergleiche die Kommentare. Als interessant sei aber für uns Folgendes herausgehoben:

Bei *Lebensverteuerung*, d. h. bei Sinken der Kaufkraft des Geldes, wurden die Alimentenbeträge in der Praxis ziffernmäßig *erhöht*. Bei Bedürftigkeitsrenten aus ZGB 152 paßt das Bundesgericht hingegen an die Lebenssteuerung nicht an⁴. Allerdings ist dort nur von herabsetzen und aufheben die Rede, nicht aber von «neu festsetzen», wie bei ZGB 320.

So wurde ein Alimentenurteil von 1907 im Jahre 1916 abgeändert, weil inzwischen alles wesentlich aufschlug, d. h. eine *erhebliche* Veränderung der Verhältnisse vorlag⁵. Hingegen wurde eine Klage auf ziffernmäßige Erhöhung der Alimente im Jahre 1925 abgelehnt, weil seit 1920 die Teuerung nicht sehr groß gewesen sei⁶.

Der Vollständigkeit halber sei noch ergänzt, daß die Aufwertung oder präziser: die Anpassung nur dann möglich ist, wenn der pflichtige außereheliche Vater nicht selbst unter der Teuerung leidet, das heißt, wenn sein Lohn ebenfalls angepaßt wurde⁷, oder wenn er in so guten Verhältnissen lebt, daß schon vorher von ihm aus eine höhere Rente möglich gewesen wäre.

Endlich sei noch gesagt, daß ZGB 320 die einzige Abänderungsnorm im schweizerischen Recht ist, die die Abänderung im gleichen Sinne normiert, wie dies der Fall bei einer Generalklausel mit dem Wortlaut von § 323 dZPO sein würde.

Über die Abänderung von gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen wurde bereits geschrieben⁸.

III. ZGB 328/29. Verwandtenunterstützungsrente

Hier *fehlt* eine ausdrückliche Abänderungsnorm. Daß die Praxis dennoch abändert und warum, wurde bereits im allgemeinen Teil aus-

⁴ Vgl. § 10 B 2.

⁵ BIZR 17 Nr. 17; vgl. Egger, Art. 320 Nr. 5.

⁶ ZbJV 61, 574; vgl. Egger Art. 320 Nr. 5. (Der Genauigkeit halber muß allerdings noch gesagt werden, daß es sich im konkreten Fall um Unterhaltsbeiträge aus ZGB 156 handelte.)

⁷ Egger, Art. 320 Nr. 5; BIZR 17 Nr. 17.

⁸ Vgl. § 3 B X.

fürlich behandelt⁹. Auch hier gelten die Requisite: wesentliche Veränderung und Nicht-Rückwirkung¹⁰.

III. Teil

Verfahren

Dieser dritte Teil ist nur dazu bestimmt, einen kurzen Überblick über einige prozessuale Fragen zu geben.

§ 13 Das «vereinfachte» Verfahren

Zum «vereinfachten» Verfahren, wie es in der ZPO des Kantons Zürich für die familienrechtlichen Abänderungsfälle vorgesehen ist, hat K. von Wyß in SJZ 14, S. 68 ff. eine eingehende Abhandlung geschrieben¹. Für die Fälle des Schadenersatzes wegen Körperverletzung ist in der zürcherischen ZPO nirgends ein Spezialverfahren in bezug auf die Abänderung der entsprechenden Urteile vorbehalten; es gelten demnach dafür die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens.

Das für die familienrechtlichen Fälle geltende vereinfachte Verfahren ist weder summarisches noch ordentliches Verfahren². Die Abänderung ist unter das besondere Verfahren bei Ehe- und Vaterschaftssachen gestellt, welches i. w. S. ins ordentliche Verfahren einbezogen wird³. Das Abänderungsverfahren ist recht frei gestaltet. Es findet – unter Umgehung des Friedensrichters – kein Sühneverfahren statt, sondern das «Begehren» ist schriftlich direkt beim Bezirksgericht einzureichen⁴.

Für die Abänderung der Urteile nach ZGB 153/2 und 157 kommt § 258/Ziff. 2 und für die Alimentenurteile (ZGB 320) § 271 ZPO/Zürich als maßgebend in Frage^{4a}.

Der Richter kann darnach bestimmen, ob schriftlich oder mündlich verhandelt werden soll. Womöglich soll keine mündliche Verhandlung

⁹ § 4 I D und die dortige Literatur.

¹⁰ § 5 I b 4 und II b.

¹ Vgl. auch Danegger zu Art. 157 ZGB in ZbJV 57, S. 297.

² K. von Wyß, a. a. O. S. 68.

³ K. von Wyß, a. a. O. S. 68.

⁴ Sträuli, § 271 Nr. 4.

^{4a} Für die Abänderung der Verwandtenunterstützungsrente (ZGB 328/29) ist kein spezielles Verfahren vorgesehen; demnach gilt das ordentliche Verfahren.

stattfinden⁵. Für das Beweisverfahren gelten aber die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens ohne Einschränkung⁶.

Eigenartig ist, daß das erste Urteil durch einen «Beschluß» abgeändert wird und nicht durch Urteil. Der Beschluß ist das Äquivalent zum «Begehren». Der Natur der Sache nach handelt es sich aber sowohl um Klage als um Urteil⁷.

Gegen den «Beschluß» des Bezirksgerichtes ist der Rekurs an das Obergericht zulässig nach ZPO/Zürich § 334/Ziff. 6. Gegen den Entscheid des Obergerichtes ist die *B e r u f u n g* an das *B u n d e s g e r i c h t* möglich⁸. Doch muß der Streitwert von Fr. 4000.– erreicht sein: vgl. unten.

§ 14 Streitwert

A. *Allgemein.* Dieser wird bei der Abänderung genau wie bei der ersten, grundsätzlichen Verurteilung so erhalten, daß man den streitigen Rentenbetrag *k a p i t a l i s i e r t*. ZPO/Zürich § 24¹.

B. Bei Streitigkeiten aus *F a m i l i e n r e c h t* kommt es, sofern *v e r m ö g e n s w e r t e* Leistungen in Frage stehen, dennoch auf den Streitwert an. OG 46 muß also erfüllt sein².

C. *Streitwert und Rektifikationsvorbehalt.* Es fragt sich, ob die Tatsache, daß eine Partei im ersten Prozeß einen Rektifikationsvorbehalt z. B. im Sinne von OR 46/2 beantragt, einen Einfluß auf den Streitwert haben kann. Diese Frage wurde in BGE 39 II 157 und 415 verneint. (So schon BGE 27 II 654 ff. und 33 II 381; abweichend 16, 350 Erw. 2 und 31 II 49 Erw. 1³.)

BGE 58 II 56 modifiziert die Praxis in dem Sinne, daß der Rektifikationsvorbehalt nur dann keinen Einfluß auf den Streitwert hat, wenn der Wert des Vorbehaltes – bzw. des Anspruches auf Rektifikationsvorbehalt – nicht in einer Geldsumme bemessen wurde. Dieser neueren Praxis ist unbedingt der Vorzug zu geben, denn von der Aufnahme

⁵ K. von Wyß, a. a. O. S. 68.

⁶ K. von Wyß, a. a. O. S. 68.

⁷ Vgl. schon I. Teil § 4 II D a. E; BGE 39 II 174.

⁸ Da es sich um ein Haupturteil im Sinne OG 48 handelt. 39 II 174.

¹ Guldener, S. 86; BGE 69 II 148.

² BGE 69 II 148; vgl. auch schon 61 II 68.

³ Vgl. auch Weiß, Th., die Berufung ans Bundesgericht in Zivilsachen, S. 74 a.

des Rektifikationsvorbehaltes hängt ja die Durchsetzung erst später eintretender, heute noch ungewisser subjektiver Rechte ab⁴.

§ 15 Gerichtsstand

A. § 259 ZPO/Zürich bestimmt, daß bei der Abänderung der Nebenfolgen von Scheidungsurteilen nach ZGB 153/2 und 157 das Bezirksgericht des Wohnsitzes des *Beklagten* zuständig sei. Der ordentliche Gerichtsstand also¹.

Früher galt anderes: da war wahlweise das Bezirksgericht des Wohnsitzes des Beklagten und das Bezirksgericht, welches die Scheidung aussprach (Scheidungsgericht), zuständig². Man nahm an, es bestehe von bundesrechtswegen kein ausdrücklicher Gerichtsstand für die Abänderung von Ehescheidungsurteilen (hinsichtlich der Nebenfolgen), während für die Scheidung als solche in ZGB ein solcher normiert wurde. Die Kantone sahen sich deshalb frei in der Frage des Gerichtsstandes bei der Abänderung³. Das führte aber bald zu Kompetenzkonflikten.

In BGE 42 I 330 ff. hat das Bundesgericht eine interkantonale Kollisionsnorm geschaffen in dem Sinne, daß der Richter am Wohnsitz des Beklagten zuständig sei. In BGE 46 II 333 ff. ging das oberste Gericht unseres Landes aber noch einen Schritt weiter: die Kollisionsnorm wurde zur allgemein geltenden, bundesrechtlichen Norm erhoben. Da das Bundesrecht dem kantonalen derogiert, sahen sich die Kantone, welche Abweichendes ausdrücklich normiert hatten, genötigt, ihre Gesetze der neuen Praxis des Bundesgerichtes anzupassen. So kam es 1935 durch eine Novelle zum eingangs erwähnten § 259 ZPO/Zürich.

Daß von bundesrechtswegen der Richter am Wohnsitz des Beklagten zuständig sei⁴, ist nicht unwidersprochen geblieben. Vor allem eine neueste Dissertation⁵ ist zum eindrucklichen Ergebnis gekommen, daß zwar in der Tat der fragliche Gerichtsstand bundes-

⁴ Vgl. § 8 II b).

¹ Gilt auch bei der Abänderung aus ZGB 320.

² EG/ZGB des Kantons Zürich § 12.

³ Vgl. Frick, § 1 und Wäsch, S. 34 ff.

⁴ Gemeint ist BV 59. Da ist aber zu sagen, daß BV 59 ja nur bei ZGB 153/2 gelten kann, nicht aber bei 157 (außer den Geldbeiträgen), da es hier nicht um vermögenswerte Leistungen geht.

⁵ Frick, S. 81.

rechtlich, bzw. von ZGB wegen geregelt sei, nicht aber in dem Sinne, wie es das Bundesgericht annimmt. Es sei das Gericht am Wohnsitz des Klägers zuständig und zwar aus dem Grunde, weil ZGB 144 auch die Nebenfolgen und deren Abänderung erfasse.

B. *International.* Im internationalen Privatrecht ist das Bundesgericht nicht starr an der Zuständigkeit des Wohnsitzes des Beklagten verblieben: z. B. in dem Fall, wo der Inhaber der elterlichen Gewalt seinen Wohnsitz ins Ausland verlegt. Da müßte der Kläger dem Beklagten u. U. ins Ausland nachreisen, um ein schweizerisches Urteil abzuändern. Das ginge zu weit. BGE 51 II 109: der Wohnsitz des Klägers war in diesem Falle der Gerichtsstand.

In BGE 51 II 96 wurde die Klage auf Abänderung eines schweizerischen Urteils gegen den geschiedenen schweizerischen Ehegatten, der ins Ausland zog, schweizerischem Recht unterstellt⁶.

⁶ Vgl. auch NAG 7 g Abs. 1 und 2; SchlT ZGB 59 7 h Abs. 1 und 3; ferner BGE 61 II 225; 63 II 70. Wäsch, S. 38.

Lebenslauf

Ich wurde am 20. Februar 1927 in Zürich geboren und bin Bürger dieser Stadt. Die Primarschule, sowie das kantonale Gymnasium besuchte ich in Zürich. Nach bestandener Maturität (Typus B) im Herbst 1946 immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Mein Studium schloß ich am 8. Mai 1954 mit der letzten mündlichen Prüfung ab.

